

Direito da Publicidade

Henrique Araújo Costa
Alexandre Araújo Costa



DIREITO DA PUBLICIDADE

DIREITO DA PUBLICIDADE

HENRIQUE ARAÚJO COSTA
ALEXANDRE ARAÚJO COSTA

DIREITO DA PUBLICIDADE



© by Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa - 2008

FICHA TÉCNICA

Arte da capa: *Daniela Diniz e Alexandre Araújo*
Editoração eletrônica: *Beto Paixão*
Revisão / composição: *Os Autores*

ISBN: 978-85-7062-788-9

C837d Costa, Henrique Araújo
Direito da Publicidade / Henrique Araújo Costa e Alexandre
Araújo Costa. — Brasília: Thesaurus, 2008.
96 p.

1. Direito 2. Agências de Publicidade 3. Recurso Especial
I. Título

CDU 341.3

*São permitidas as utilizações não-lucrativas do texto, desde que devidamente indicadas a autoria e a fonte. THESAURUS EDITORA DE BRASÍLIA LTDA. SIG Quadra 8, lote 2356 - CEP 70610-400 - Brasília, DF. Fone: (61) 3344-3738 - Fax: (61) 3344-2353 * End. Eletrônico: editor@thesaurus.com.br *Página na Internet: www.thesaurus.com.br*
Composto e impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo I - O setor de publicidade	11
1 - O início: apresentando os personagens.....	11
2 - O desenvolvimento do setor de publicidade.....	14
3 - O setor de publicidade no Brasil	17
4 - A remuneração das agências de publicidade	24
4.1 - O desconto padrão de agência.....	24
a) A remuneração unificada de serviços heterogêneos.....	24
b) A uniformidade e exclusividade do desconto padrão.....	28
4.2 - O <i>bônus sobre volume</i>	31
Capítulo II - Questões atuais.....	35
1 - As tensões contemporâneas	35
1.1 - O afloramento das tensões entre anunciantes, agências e veículos	35
1.2 - O setor público	37
2 - Publicidade e concorrência.....	38
2.1 - A questão da concorrência.....	38
2.2 - O CENP e o sistema de defesa da concorrência.....	41
a) Fase 1: Pareceres da SEAE e da SDE	42
b) Fase 2: Decisão do CADE	46
c) Fase 3: Questionamento judicial	48
3 - A liberdade de expressão comercial	50
3.1 - O IV Congresso de Publicidade	52
3.2 - Retomando o protagonismo	54

4 - Compatibilidade com o direito administrativo	57
4.1 - Origens do debate: a investigação e a decisão do tribunal	59
4.2 - Da declaração da ilegalidade do Decreto nº 4.563/02	61
a) O Decreto regulamentador	61
b) A postura do TCU	64
c) Análise da decisão	67
4.3 - Os contratos: modalidades de execução e regimes de contratação.....	69
a) Administração contratada ou empreitada por preço global?	69
b) Sobre o desmembramento das licitações em concepção e execução.....	71
c) Uma alternativa possível	73
4.4 - O Bônus sobre Volume: o caso da Petrobras.....	75
4.5 - A questão da transparência	77
5 - Execução direta dos serviços de publicidade: o fim das agências no setor público?	79
5.1 - O desconto padrão	80
5.2 - As house agencies.....	81
5.3 - Agência pública.....	83
5.4 - Conveniência política da criação de agências públicas	86
5.5 - Conclusão	87
6 - Zero de honorários?	88
Bibliografia	95

INTRODUÇÃO

O resultado final do IV Congresso de Publicidade está sintetizado na tese que repudia *todas as iniciativas de censura à liberdade de expressão comercial, inclusive as bem intencionadas*. Essa conclusão tem origem na carta escrita pelos integrantes da Comissão de Liberdade de Expressão Comercial, que traduz com precisão o tom das discussões e a atitude predominante no Congresso.

A Carta começa com uma série de palavras bonitas (responsável, premiada, alto astral, entre outras), voltadas a enaltecer a publicidade brasileira, e não a refletir sobre ela. Depois, adota uma postura defensiva, pintando a propaganda como um bode expiatório dos problemas sociais e contrapondo-se às *mais de 200 propostas no Congresso Nacional e outras em estudos na Anvisa para restringir a propaganda de bebidas, remédios, alimentos, refrigerantes, automóveis, produtos para crianças, entre outras*, sob o argumento de que *a publicidade não causa obesidade, alcoolismo, acidentes domésticos ou de trânsito*.

Por fim, faz uma apologia da auto-regulamentação, sustentando que as regras impostas pelo CONAR são suficientes para a garantia da ética na publicidade, e afirmando que as limitações à propaganda terminam por cercear a liberdade de expressão, na medida em que é a publicidade que viabiliza a vida financeira dos veículos de comunicação.

Essas palavras são vistosas, mas a postura que elas encerram deixa claro que os resultados do IV Congresso de Publicidade deixaram a desejar, pois não se delineou nenhuma saída para as três grandes questões que o setor publicitário enfrenta hoje.

Existe uma crise de credibilidade, pois os recentes escândalos envolvendo a CPMI dos Correios tiveram grande

impacto na percepção que a sociedade tem dos publicitários e mudaram as formas como a fiscalização estatal atua sobre o setor, que passou a ser percebido como uma grande fonte de corrupção.

Também há uma crise de organização, pois a validade da auto-regulação do setor e a autoridade de seu órgão maior, o CENP, estão sendo questionadas perante os órgãos de defesa da concorrência, que por sua vez são influenciados pelas repercussões negativas que os referidos escândalos geraram na imagem do setor.

Por fim, há uma série de ameaças à lucratividade, especialmente as que resultam das restrições à propaganda de produtos potencialmente danosos à saúde e ao questionamento da legalidade do Bônus sobre Volume (BV).

Frente a essas três ordens de desafios, qual foi a resposta dada pelo setor? Ele adotou uma postura *conservadora*, no sentido mais literal da palavra, defendendo a manutenção da sua estrutura atual. Em vez de escutar as críticas sociais, refletir sobre elas e tentar respondê-las, o setor de publicidade fechou os ouvidos e falou apenas para si mesmo. Com isso, o IV Congresso teceu uma apologia da propaganda e incidiu no mesmo engano de todos os que se tornam imunes à crítica externa: confundiram a limitação a seus interesses como uma limitação à própria liberdade.

Quanto aos pontos mais delicados, eles sequer foram arranhados. A crise de credibilidade só foi reconhecida nas entrelinhas e não se elaboraram planos para recuperar a imagem desgastada. As críticas ao modelo de remuneração também não foram tematizadas diretamente, sob o argumento de que o debate sobre remuneração já ocorre no âmbito do CENP.

Em compensação, reagiu-se fortemente às situações que ameaçavam os lucros das agências e veículos. No que

toca aos conflitos com o TCU, relativos ao BV, a saída encontrada foi apoiar um projeto de lei que instituiu legislativamente essa bonificação. Mas as palavras mais duras foram reservadas à luta contra a redução de mercado resultante das recentes restrições à publicidade. Essa reação assumiu a forma de um discurso anacrônico e simplista, que pintou tais restrições como censura e passou a tratá-las como ataques à liberdade de expressão.

Porém, não se chamou atenção para o fato de que essa onda de limitações está respaldada na própria Constituição Federal, cujo texto determina que a propaganda *de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias* estará sujeita a restrições legais e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, §4º, II). Portanto, desde 1988 não faz sentido questionar a possibilidade de restrição. Ao repudiar *todas* as restrições, mesmo as bem intencionadas, perdeu-se a chance de ingressar no debate mais relevante de hoje, que é a definição dos limites do poder de regulação da propaganda, o que exige um debate capaz de diferenciar as restrições legítimas das limitações abusivas.

Em vez de dialogar com o restante da sociedade sobre as demandas contemporâneas sobre a publicidade, o IV Congresso insistiu na estratégia de obstar as mudanças em curso, postura que pode *retardar* essas transformações, mas não oferece alternativas capazes de definir novos rumos para o processo de mudança. Assim, o resultado final foi um encastelamento que em nada contribui para a defesa dos interesses do setor de publicidade. Pelo contrário, essa é a receita típica do desastre: negar os problemas até que eles se tornem grandes demais para serem enfrentados.

O melhor exemplo alternativo a esse tipo de conduta foi dado pelo próprio setor, no III Congresso de Propagan-

da, momento em que foi instituída uma auto-regulação que impediu que se concretizasse a regulação governamental que estava sendo gestada. Assim foi que, na década de 70, a publicidade soube adaptar-se às demandas sociais, para que as inevitáveis modificações respeitassem a dinâmica interna do próprio setor. Agora, ela nega a necessidade de adaptação, postando-se contra o fluxo de ampliação dos controles sociais, dos direitos coletivos e da livre concorrência.

Essa é uma batalha que será fatalmente perdida em médio ou longo prazo, e o fechamento ao diálogo tende a propiciar uma intervenção externa no setor da publicidade. Com isso, o setor cria um campo propício à regulação governamental, em vez de aproveitar a oportunidade de se modificar autonomamente. E como esse não é o interesse dos vários atores ligados à indústria da comunicação, parece tempo de aprender com a experiência passada e voltar à flexibilidade inventiva e autocrítica que permitiria a anunciantes, agências e veículos continuarem sendo protagonistas de sua história.

Essa invenção de novos caminhos exige a adoção de uma postura mais reflexiva, que leve em conta a história do setor e os caminhos trilhados, para projetar futuros em que todos os interesses em jogo possam ser equilibrados. Atualmente, existem alguns descompassos entre o modelo vigente e os interesses dos anunciantes e dos consumidores, que têm gerado várias pressões no sentido de alterar esse sistema de organização. E o objetivo deste livro é compreender essas tensões, avaliar os processos de transformação que estão em curso e auxiliar os diversos atores a encontrar estratégias adequadas para a construção de um mercado de publicidade equilibrado e compatível com o ambiente democrático e liberal que se vai consolidando no Brasil.

CAPÍTULO I

O SETOR DE PUBLICIDADE

1 - O INÍCIO:

APRESENTANDO OS PERSONAGENS

No início século XIX, os jornais impressos eram os únicos meios de comunicação voltados para o público e, embora eles já contassem com anúncios publicitários, os custos de produção ainda eram sustentados pelo preço pago pelos leitores. No decorrer desse século, os jornais passaram a destinar cada vez mais espaço para a propaganda de produtos e serviços, culminando no ponto em que, nos países mais industrializados, a receita com publicidade passou a ser suficiente para custeá-los¹. Isso ocorreu por volta de 1850, e podemos identificar aí o nascimento do *mercado publicitário* contemporâneo, fundado numa simbiose entre *Anunciantes* e *Veículos*, que continuam ainda hoje sendo os protagonistas desse setor econômico.

Sustentados pela publicidade, os jornais reduziram drasticamente o preço cobrado por cada exemplar, aumentaram suas tiragens e converteram-se realmente em meios de comunicação de massa, compondo a nascente indústria cultural. A ampliação do público leitor impulsionou a publicidade, que se tornou imprescindível para a sobrevivência dos empreendimentos comerciais em uma sociedade que se tornava cada vez mais urbana, letrada e industrializada. Esse incremento na circulação dos jornais tornou a publicidade cada vez mais cara, mas também mais rentável, gerando um rápido crescimento tanto da oferta como da demanda por serviços de propaganda.

¹ Segundo Rui Chaves, o princípio de que *os anúncios devem pagar os custos de produção dos jornais* foi primeiramente enunciado em 1845, por Émile de Girardin, que havia acabado de lançar em Paris o jornal *La presse*.

À medida que o mercado publicitário cresceu, algumas pessoas se especializam em intermediar as relações de compra e venda de espaços publicitários, ocupando o espaço tradicional do *corretor*, capaz tanto de auxiliar os veículos a captarem compradores quanto de ajudar os anunciantes a selecionarem os veículos adequados. Assim surgiu um terceiro e efêmero personagem, o *Agente autônomo* de propaganda, um profissional liberal que logo perdeu espaço para as empresas voltadas à prestação desse serviço, chamadas de *agency* na tradição americana, mas atualmente conhecidas por *Bureau de mídia* ou *media broker*.

Esses foram os personagens principais do mercado publicitário até o início do século XX, quando a propaganda ainda era composta por peças tão simples que os próprios anunciantes eram capazes de produzi-las, ou ao menos de coordenar a sua elaboração. É claro que havia pessoas que organizavam a publicidade de cada empresa e que era possível contratar artistas que desenhasssem ou pintassem anúncios, como os célebres cartazes do Moulin Rouge pintados por Toulouse-Lautrec. Porém, a produção de propaganda não era uma atividade profissional regular, e sim um trabalho episódico, não havendo no mercado espaço para empresas que se dedicassem *especificamente* à publicidade.

Isso começou a mudar já nas primeiras décadas do séc. XX, quando as propagandas deixaram de ser *informativas* e voltaram-se à *persuasão* dos consumidores, o que exigia um esforço criativo e um apuro técnico cada vez maior na sua elaboração. A publicidade já não tinha como objetivo *anunciar* a existência de um produto, mas visava a estimular hábitos de consumo, especialmente no que tocava à imensa gama de novos produtos as sociedades industriais ofereciam em seus mercados: rádios, detergentes, eletrodomésticos, re-

frigerantes, automóveis, televisores e outros frutos do avanço tecnológico e da produção em grande escala.

Esse desenvolvimento do mercado publicitário desencadeou um processo de profissionalização dos serviços de *criação e produção* de propaganda, pois os anunciantes passaram a ter interesse na elaboração de campanhas publicitárias cada vez mais complexas e onerosas, o que demandava profissionais com habilidades específicas e experiência na área. Foi nesse contexto que surgiram as primeiras empresas voltadas a oferecer aos Anunciantes um serviço integrado, abrangendo as três etapas da publicidade: a elaboração da idéia criativa, produção das peças e divulgação na mídia. Assim nasceram as *Agências de propaganda*, frutos de um mercado já amadurecido, que exigia uma qualidade publicitária que somente pode ser alcançada mediante a coordenação dos esforços de vários profissionais especializados.

Porém, as agências não podiam ter em seu quadro permanente todos os técnicos cujo trabalho é indispensável para a realização da propaganda. Nos trabalhos que envolvem um aspecto mais autoral e artístico, é conveniente ter a possibilidade de escolher entre vários profissionais que têm um estilo próprio, tal como fotógrafos e desenhistas. Além disso, é economicamente inviável manter profissionais que realizam serviços mais esporádicos ou que envolvem custos muito grandes de implantação (como um estúdio de som). Assim, a profissionalização dos serviços de publicidade fez com que surgissem dois novos atores: as *Agências*, que são empresas responsáveis por realizar a publicidade, e os *Fornecedores*, que são profissionais preponderantemente voltados a oferecer às agências serviços necessários ao desenvolvimento de sua atividade.

Nesse momento, o mercado publicitário assumiu a sua atual feição: uma relação entre *Anunciantes e Veículos*,

mediada por *Bureaux* e por *Agências* que recorrem a *Fornecedores* para a execução de serviços especializados.

2 - O DESENVOLVIMENTO DO SETOR DE PUBLICIDADE

No decorrer do século XX, houve uma série de modificações nos papéis desempenhados por esses cinco atores, determinadas pelos desenvolvimentos sociais e tecnológicos, e também pela dinâmica interna do próprio setor publicitário.

Os *Anunciantes* tornaram-se cada vez mais variados, pois o desenvolvimento da sociedade de consumo fez com que os produtos e serviços oferecidos se tornassem cada vez mais dependentes da propaganda. Em vários setores, a publicidade é tão vital que representa gastos substanciais para as empresas, como é o caso das grandes lojas de varejo e das indústrias automobilística e de alimentos².

Os *Veículos* também se tornaram muito mais diversificados, em virtude de uma evolução tecnológica que, além de alterar profundamente a imprensa, possibilitou o surgimento do rádio, da TV e da internet. E em todas as mídias disponíveis, a demanda de anunciantes permitiu uma intensa segmentação, surgindo, em cada meio de comunicação, veículos destinados a grupos específicos, definidos por faixa etária, nível de renda, orientação sexual e outros elementos que possibilitaram um planejamento mais eficiente e rentável da publicidade.

As inovações tecnológicas também ampliaram o rol de *Fornecedores*, pois o planejamento e a realização das campanhas publicitárias passaram a exigir uma multiplicidade de técnicos cada vez mais especializados. Ao longo do

2. Sobre os gastos com publicidade por setor econômico, vide COSTA, Quem são os anunciantes na propaganda brasileira?, em <http://www.arcos.adv.br/artigos/quem-sao-os-anunciantes-na-propaganda-brasileira/>.

século XX, tornou-se indispensável à publicidade a participação de profissionais como *fotógrafos*, *engenheiros de som* e *web designers*, que tipicamente atuam como autônomos ou em empresas especializadas, não integrando os quadros das agências.

As *Agências*, após fixarem seu espaço como prestadoras da hoje clássica tríade de serviços publicitários (*criação*, *produção* e *distribuição*), tiveram que ampliar seu espectro de atividades, pois o desenvolvimento das campanhas passou a depender da realização de *pesquisas* bastante onerosas, tanto na fase de planejamento quanto na de avaliação dos resultados.

O fortalecimento das agências modificou o mercado de intermediação de espaços de publicidade. Por um lado, tornou obsoleto o serviço dos *Agentes autônomos* e dos *Bureaux* tradicionais, pois as agências não precisam de profissionais que facilitassem seu acesso a potenciais clientes aos veículos. Porém, certos veículos continuavam tendo dificuldades de acesso a anunciantes, especialmente no caso da relação entre jornais locais e anunciantes nacionais, o que abriu espaço para empresas trabalharem na comercialização dos espaços, mas agindo *em nome dos veículos* e não dos *anunciantes*. As empresas que atuam dessa forma são conhecidas como *régies* ou *concessionárias*, pois elas representam uma espécie de terceirização da gestão publicitária, por meio da qual os veículos repassam a uma empresa especializada a administração dos seus espaços de propaganda³.

Essa mudança é compreensível porque, quando a publicidade era feita diretamente pelos anunciantes, era impossível que eles conhecessem adequadamente o perfil de todos os veículos disponíveis e otimizassem o seu uso. Quando a propaganda começou a ser feita via agências,

3. Vide CHAVES, *Regime jurídico da publicidade*, p. 80.

esse *know how* passou a ser exigido delas, que assumiram o planejamento de mídia. Porém, na medida em que as novas tecnologias possibilitaram uma ampliação muito grande do número de veículos e das mídias utilizáveis, foram os próprios veículos (especialmente os menores e de cunho mais regional), que perderam visibilidade frente às grandes agências e anunciantes.

É esse contexto que explica o surgimento de concessionárias capazes de operar a ligação entre tais veículos e seus potenciais contratantes (anunciantes e agências). Esses atores, tal como seus antecessores, continuaram desempenhando o tradicional papel do *corretor*, que age em nome de outros e investe apenas o seu trabalho, não se capital. Porém, em um mercado em que a oferta de espaços se tornou muito grande, o intermediário que se tornou predominante afastou-se da função de *corretagem* e passou a ser um *investidor*, que se especializou em comprar espaços nos veículos (em “atacado”) e vendê-los às agências (em “ varejo”), motivo pelo qual eles são chamados de *centrais de compra de espaço* (*centrales d’achat d’espace*)⁴.

Esses novos atores, surgidos na França na década de 1970, atuam hoje em diversos países (além da Europa, também estão presentes no México, Argentina e EUA, por exemplo) como uma espécie de *financiadores* dos veículos, comprando antecipadamente os seus espaços e lucrando com a sua valorização. Nos dias de hoje, são chamados de *centrais de compra*, de *bureaux de mídia* ou de *media brokers*.

Segundo Burtch Drake, esses serviços prosperaram nos EUA especialmente porque prestam um serviço valioso às pequenas agências, “que não têm condições de manter um departamento de mídia próprio, com todo o pessoal e nível

4. Vide CHAVES, *Regime jurídico da publicidade*, p. 80.

de competência exigido hoje em dia”⁵. E, à medida que eles se tornaram uma alternativa mais barata para a compra de espaços publicitários, algumas agências optaram por especializar-se apenas da *criação*, o que conduziu a profundas mudanças na forma de remuneração das agências.

Em especial, reduziu-se a remuneração pela comissão de 15%, que era o modelo predominante até a década de 70, e que atualmente é uma forma minoritária. Em contraposição, houve um aumento da utilização de comissões menores, que vão de 8 a 10%, e também da utilização de *fees*, que são as remunerações mais típicas das agências menores e daquelas que não realizam mais o serviço de veiculação em mídia. Porém, modificações desse tipo não ocorreram no Brasil, na medida em que o modelo normativo vigente inviabiliza a instalação de centrais de compra de mídia.

3 - O SETOR DE PUBLICIDADE NO BRASIL

Em cada país, a dinâmica interna do setor de publicidade é definida pelo equilíbrio de poderes entre os seus diversos atores, que têm vários interesses *confluentes*, *divergentes*, ou mesmo *opostos*. No Brasil, o atual equilíbrio remonta ao final da década de 1950, quando o I Congresso Brasileiro de Propaganda definiu as normas que até hoje organizam publicidade.

Antes dessa data, o setor publicitário era regulado por um convênio celebrado em fevereiro de 1949 pelas agências de propaganda, que na prática transplantou para o Brasil as regras que organizavam o funcionamento das agências norte-americanas que aportaram no país na década de 1930, juntamente com as empresas que elas representavam. Al-

5. Drake, O Estado atual dos negócios de publicidade nos Estados Unidos, 3ª EBAP.

guns meses depois da assinatura desse convênio, foi fundada a Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP), que se fortaleceu ao ponto de convocar, em 1957, um Congresso voltado a reestruturar o setor de propaganda.

Nesse encontro, foram elaboradas duas normas muito importantes para a consolidação da publicidade. O primeiro foi o *Código de Ética dos Profissionais da Propaganda*, que, apesar de ter sido estabelecido por um Congresso organizado pela ABAP, não era voltado apenas para as agências, pois estabelecia diretrizes para o setor de propaganda, inclusive para os veículos. Isso não era uma imperfeição, pois os autores estavam cientes de que ele era composto por *recomendações* e não por *obrigações*, já que suas orientações somente seriam imponíveis para as instituições que as adotassem.

Porém, as maiores inovações foram estabelecidas pelas *Normas-Padrão para o funcionamento das agências de propaganda*, que vieram expressamente substituir o convênio de 1949, estabelecendo novas formas de remuneração para o setor publicitário e definindo com minúcia as práticas consideradas condenáveis. Em ambos os casos, a competência para interpretar e executar essas normas foi conferida à Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP).

O modelo estabelecido por essas criou no Brasil um sistema peculiar, que se afastou do *liberalismo* ao limitar a livre contratação dos espaços publicitários, mediante a instituição de regras minuciosas sobre a fixação dos preços e a remuneração das agências. Essas normas não caracterizavam uma intervenção *estatal* no mercado de publicidade, pois elas resultaram da própria *auto-organização* das agências de propaganda, que ainda estavam em etapa de consolidação e que buscaram estabelecer patamares mínimos tanto de *remuneração* quanto de *qualidade*.

Por tratar-se de uma auto-regulação, elas não vinculavam os demais atores, especialmente os *veículos*, que não se adequaram imediatamente a várias das diretrizes definidas no Congresso. Elas nem mesmo vinculavam as próprias agências de propaganda, tanto que o Congresso apenas recomendou “a sua voluntária aceitação a todas as agências de propaganda que operem no Brasil, filiadas à Associação Brasileira de Agências de Propaganda ou que a ela venham a se filiar”.

Essas regras logo ganharam maior influência, pois elas foram a base da Lei nº 4.680/65, que até hoje regula o setor. Essa influência foi expressamente reconhecida na própria lei, cujo art. 17 determinou que “a atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”.

Com isso, as disposições do Código de Ética deixaram de ser uma simples auto-regulamentação da atividade das agências e passaram a ter validade geral, o que torna impossível a sua modificação por meio de decisões internas dos órgãos que compõem o setor, especialmente a ABAP, o CENP e o CONAR. Porém, essa legalização do Código de Ética não teve grande impacto porque a maior parte das diretrizes é muito genérica e tem conteúdo apenas programático. Embora a própria lei não tenha conferido força geral às Normas Padrão, isso foi feito pelo seu decreto regulamentador (Decreto nº 57.690/66), cujo art. 7º determinava a validade *erga omnes* das Normas-Padrão de 1957.

Com isso, consolidou-se na legislação o modelo definido pelo I Congresso de Propaganda, cujo núcleo foi o estabelecimento de que as agências de publicidade teriam direito a uma comissão uniforme (que foi posteriormente chamada

de *desconto padrão*) de 20% sobre os gastos com veiculação de mídia. Isso evitou que se instalasse uma competição entre as agências pelo oferecimento do menor preço, pois o único critério diferenciador das agências passou a ser a sua qualidade, fato que certamente contribuiu para o altíssimo grau técnico das agências de publicidade brasileiras.

Esse sistema foi consagrado na Lei nº 4.680/65, que impôs aos veículos a obrigação de ter uma tabela de preços e de “não conceder nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos Veículos de Divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agência de Propaganda”. Tal regra tornou a veiculação de publicidade mediante agências 20% mais barata que a contratação direta ou mediante outros intermediários, de tal forma que contratar uma agência de propaganda tornou-se uma forma de garantir simultaneamente a melhor qualidade e o menor custo.

É certo que essa afirmação deve ser avaliada com cuidado, pois apesar de a lei impor aos veículos o dever de tabelar os preços, tornando-os públicos, existe na prática uma negociação que conduz à concessão de descontos aos grandes anunciantes. Uma investigação do TCU chegou a identificar que a flexibilidade dos veículos é tanta que foi identificada uma “efetiva disposição em negociar e conceder descontos significativos a partir dos valores de tabela, mesmo para inserções isoladas”⁶.

De todo modo, o estabelecimento desse sistema de remuneração impossibilitou que os veículos concedessem descontos aos *bureaux*, o que impediu que esse ator encontrasse espaço na cena brasileira, embora ele tenha se tornando muito presentes em outros mercados. Esse afastamento

6. Vide Acórdão n. 2.062-45/06.

beneficiou tanto as agências quanto os veículos, na medida em que o lucro dos *bureaux* é obtido mediante a venda com ágio dos espaços, de tal forma que a sua atuação pressiona para baixo o preço pago aos veículos e para cima o valor cobrado das agências. Segundo Rui Chaves, a presença das *centrais de compra* eleva artificialmente os custos das agências, pois os veículos são pressionados a aumentar os preços de tabela, com o objetivo de elevar as comissões, já que não há transparência acerca dos valores efetivamente pagos pelo *bureau*. Assim, uma parcela relevante das verbas publicitárias termina sendo direcionada para a remuneração das *centrais de compra*, diminuindo a capacidade de investimento das agências e dos veículos.

Por isso mesmo, houve no mercado brasileiro uma aliança entre as agências, os veículos e os anunciantes, dando origem a um modelo no qual esses atores preveniram o surgimento de *bureaux*, cuja forma de atuação “não é transparente, descredibiliza o setor e prejudica o anunciante”⁷. Essa convergência de interesses de *Anunciantes*, *Agências* e *Veículos* é bem evidente no processo que fez com que as normas editadas no Congresso de Publicidade de 1957 se tornassem a base da regulação legislativa operada em 1965⁸. Os debates parlamentares tiveram início com a apresentação, em 1961, de um projeto de lei voltado a defender os interesses dos corretores de propaganda, que já, naquele momento, enfrentavam dificuldades no mercado, tendo em vista o fortalecimento das agências. Logo, os outros personagens do setor também se articularam e ingressaram no processo, levando a uma série de composições que terminaram por gerar um projeto que equilibrou os vários interesses em jogo, e resultou na referida Lei nº 4.680/65.

7. Vide CHAVES, *Regime jurídico da publicidade*, p. 81.

8. Essa história é muito bem narrada na compilação das informações sobre os três primeiros Congressos de Propaganda, que foi entregue aos participantes do IV Congresso, realizado em São Paulo em julho de 2008.

No final da década de oitenta, com a publicação da Constituição, chegou-se a argumentar que a liberdade de iniciativa fazia com que essa lei não fosse recepcionada pela nova ordem constitucional. Houve inclusive a iniciativa de algumas empresas que, sob o nome de “escritórios de mídia”, buscaram implantar verdadeiros *bureaux*. Porém, houve uma reação da ABAP, especialmente orientada por um parecer de Ives Gandra Martins, datado de 1989, em que ele sugeriu a ilegalidade dos *bureaux* e aconselhou a ABAP a tomar uma série de providências voltadas à desconstituição desses escritórios. Nesse embate, os *bureaux* não conseguiram se afirmar, até que foram explicitamente afastados do mercado pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP) de 1998.

Essa nova versão das Normas Padrão basicamente reafirma o modelo que se cristalizou desde a década de 1960, mas oferece uma regulação mais analítica e minuciosa do setor, especialmente do papel de cada um dos atores e de suas formas de remuneração, contando inclusive com uma vedação expressa da atividade dos *bureaux*.

Essas normas foram elaboradas como uma resposta ao movimento de desregulamentação promovido pelo Governo FHC, que revogou em 1997 o decreto que conferia eficácia *erga omnes* às Normas-Padrão de 1957. Frente a essa tentativa de liberalizar o mercado, as entidades nacionais representativas dos Anunciantes, das Agências e dos Veículos se reuniram para elaborar as NPAP que até hoje organizam o setor de publicidade.

Diferentemente das Normas-Padrão de 1957, que foram resultado de um congresso de agências de propaganda, as regras atuais são resultado de um acordo entre as instituições que representam os interesses dos anunciantes, agências, e veículos. Fizeram parte desse acordo a ABA-As-

sociação Brasileira de Anunciantes, a ABAP - Associação Brasileira de Agências de Publicidade, a ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, a ABTA - Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura, a ANJ - Associação Nacional de Jornais, a ANER - Associação Nacional de Editores de Revistas, Central de Outdoor e a FENAPRO - Federação Nacional das Agências de Propaganda.

Um grande avanço dessa aliança renovada foi que a execução das normas padrão deixou de ser uma incumbência da ABAP, tendo sido criada especificamente para esse fim uma nova instituição, o Conselho-Executivo das Normas Padrão (CENP). Assim, o CENP é uma associação representativa de todas as categorias envolvidas na publicidade, embora com um peso maior dos veículos, que indicam 12 membros, contra 6 das agências e 4 dos anunciantes.

Entre as funções dessa entidade, duas merecem especial destaque: a competência para credenciar as Agências, que somente têm direito a receber o desconto-padrão de 20% quando tiverem o “Certificado de Qualificação Técnica” expedido pelo CENP; e a responsabilidade pelo julgamento de todos os atores do mercado de publicidade, no que toca a infrações às NPAP e também ao Código de Ética da Propaganda, por meio de um Conselho de Ética, órgão criado para esse fim.

Com isso, o mercado da propaganda renovou sua organização e ganhou uma associação que serve como fórum de debate para a definição dos rumos da publicidade brasileira e que pode dialogar com a sociedade e com o Estado em nome do setor publicitário como um todo.

4 - A REMUNERAÇÃO DAS AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE

Várias das questões atualmente relevantes no setor publicitário estão relacionadas com a questão da remuneração das agências. A forma remunerativa básica é uma comissão incidente sobre o valor despendido com a veiculação propaganda em veículos de comunicação de massa, denominada *desconto-padrão*. Além dessa comissão, que é fixada em 20% remunera as atividades típicas da agência, existe também a possibilidade de cobrar taxas (*fees*) específicas para serviços especiais, bem como uma comissão sobre serviços prestados por terceiros que não geram desconto-padrão. Por fim, as agências também recebem dos veículos algumas bonificações decorrentes da *quantidade* e da *qualidade* dos anúncios, por meio dos chamados *Bônus sobre Volume* (BV).

A combinação desses elementos forma um modelo que vige no país desde a década de 1950, e que hoje está sob severo questionamento, especialmente no âmbito da administração pública. Alguns advogam que esse sistema é inconveniente, mas há inclusive os que defendem a ilicitude tanto do *desconto-padrão* quanto do BV, sendo que a invalidação desses institutos acarretaria mudanças radicais no mercado de publicidade. Portanto, a devida compreensão dos debates atuais pressupõe o entendimento das características dessas espécies de remuneração.

4.1 - O DESCONTO PADRÃO DE AGÊNCIA

A) A REMUNERAÇÃO UNIFICADA DE SERVIÇOS HETEROGÊNEOS

As agências originalmente ocuparam o lugar que era destinado aos *corretores* de publicidade, que eram interme-

diários remunerados mediante uma *comissão*. Porém, o que marca essas empresas é justamente que elas deixaram de ser meras intermediárias e passaram a oferecer ao mercado um inovador conjunto integrado de serviços, que envolvem não apenas a veiculação em mídia, mas também a pesquisa, a criação e a produção de peças publicitárias. Uma das dificuldades da definição de um pagamento por esse serviço é o fato de que ele abrange atividades muito diversas:

A *pesquisa* envolve a contratação de empresas especializadas, que oferecem informações necessárias aos planejamentos de mídia dos anunciantes em geral. Originalmente, a pesquisa era inicialmente considerada uma atividade *atípica*, motivo pelo qual o Congresso de Propaganda de 1957 entendia que ela mereceria uma remuneração fixada especificamente para esse fim. Com o tempo, porém, essa atividade passou a integrar os serviços típicos, definidos no item 3.1 das NPAP, que são remunerados por meio da comissão sobre veiculação. Assim, os gastos com pesquisa são parte do custo genérico da agência, o que impede a sua remuneração específica por cada cliente.

Já a *criação* é uma atividade que poderia ser remunerada de modo específico, pois se trata de um serviço prestado diretamente pela agência ao anunciante. Contudo, a prática é não cobrar *fees* exclusivos pela criação, exceto quando a agência é contratada exclusivamente para essa finalidade.

A *produção* abrange tanto serviços prestados diretamente pela agência quanto a coordenação da contratação de uma série de fornecedores especializados. Se essas contratações fossem feitas *em nome da agência*, seria cabível um contrato de empreitada por preço global. Contudo, como esses contratos são realizados pela agência *em nome do anunciante*, a sua remuneração é feita por meio de uma comissão sobre os valores contratados. Assim, os serviços

prestados diretamente pela agência não são remunerados de maneira específica.

O *planejamento* de mídia é um serviço prestado diretamente, e poderia ter uma remuneração específica por *fee*. Porém, o costume é não cobrar diretamente por essa atividade, pois ela integra as atividades típicas da agência.

Por fim, a *execução da veiculação* em mídia é uma atividade de mera intermediação, que poderia ser remunerada por meio de uma comissão relativamente pequena, típica dos contratos de corretagem. Todavia, como é dessa comissão que as agências obtêm as receitas utilizadas para custear todas as suas funções típicas, ela precisa ser fixada em um patamar muito superior ao da simples corretagem, e que atualmente é fixado em 20%.

Essa forma tradicional de remuneração gera algumas tensões, entre as quais se destaca que alguns anunciantes (especialmente alguns órgãos do Estado) tendem a enxergá-la como uma taxa de corretagem demasiadamente alta, pois seria despropositado cobrar tanto apenas para a divulgação em mídia de peças publicitárias anteriormente preparadas.

Embora esse argumento possa ser correto em relação a certas situações concretas, a generalização dessa avaliação normalmente está ligada à permanência no imaginário coletivo do *mito do publicitário criador*, segundo o qual uma campanha de publicidade é fruto apenas do insight criativo de um publicitário que deve ser meio gênio e meio louco. Existe na sociedade a ilusão de que de que *publicitário* é apenas o criador, tendo essa imagem sido estimulada pelos próprios publicitários. Figuras emblemáticas, especialmente a de Washington Olivetto, passaram a ser os principais símbolos ligados à idéia de publicitário, de tal forma que costumamos esquecer que uma agência de publicidade envolve uma série de outros profissionais.

Essa redução da *publicidade* à *criação* tende a tornar invisível o fato de que as agências precisam retirar da comissão de veiculação a remuneração de um grande número de profissionais envolvidos em atividades de pesquisa, de planejamento, e de produção das peças. Com isso, alguns agentes do Estado que são inspirados por essa visão termina por avaliar de modo equivocado qual seria uma remuneração justa pelos serviços integrados de publicidade que são oferecidos pelas agências. Os que defendem essa postura tipicamente sustentam que o Estado deve executar *diretamente* uma série dos serviços que atualmente são prestados pela agência, ou por ela gerenciados.

Outros tentam apenas tornar mais controlável o sistema de remuneração, oferecendo sugestões voltadas para remunerar de modo específico cada uma dessas atividades típicas das agências. Em alguns países, já existe uma tendência de distinguir a *criação/produção* da *divulgação*, o que gerou a existência de empresas especializadas nessas duas fases da publicidade. Alguns advogam a introdução dessa distinção em nosso sistema, sob o argumento de que ele tornaria o mercado mais eficiente, como foi feito no parecer da SDE sobre as NPAP. Outros consideram que essa especialização tornaria o serviço apenas mais caro, na medida em que seria necessário remunerar um novo *personagem*, que seria o *bureau* especializado na veiculação. Contudo, o nosso sistema legal ainda veda essa cisão, na medida em que ela é incompatível com a Lei nº 4.680/65, que atribui exclusivamente às agências o direito ao desconto-padrão.

Portanto, não podemos perder de vista que a função econômica da agência de propaganda é determinada justamente pela prestação integrada de um pool de serviços heterogêneos. Assim, é preciso equilibrar as pressões no sentido da *decomposição da remuneração* (que tende a tornar o sis-

tema mais transparente e controlável, embora também mais complexo) e da sua *unificação* (que torna o sistema mais simples e adequado à organicidade das funções da agência, embora mais opaco e avesso ao controle dos anunciantes).

B) A UNIFORMIDADE E EXCLUSIVIDADE DO DESCONTO PADRÃO

O desconto-padrão tem origem na experiência norte-americana, que é pioneira na questão da publicidade. No Brasil, o modelo dos EUA foi estabelecido por meio de um convênio celebrado em 1949 entre agências e veículos, que instituiu a regra de cobrar uma comissão de 17,65% sobre o montante líquido pago aos veículos. Esse curioso número deriva de uma mudança na prática publicitária americana, que originalmente era a de cobrar uma comissão de 15% sobre o valor de tabela, mas que se mostrou inadequada porque ela terminava por gerar uma tensão entre os Anunciantes e as Agências.

Ainda na primeira metade do século XX, tornou-se claro que o fato de o desconto incidir sobre o gasto *total de veiculação* fazia com que a remuneração das agências seja proporcional ao gasto que ela *intermedeia*. Esse fato faz com que as agências não tenham interesse em realizar campanhas mais baratas, o que gera um potencial conflito de interesse com o anunciante.

Nos EUA, esse problema foi mitigado por meio da alteração da base de cálculo da comissão, que passou a ser uma percentagem dos gastos dos anunciantes, e não do preço cobrado pelos meios de comunicação. Isso diminui o interesse das agências no sentido de encarecer o serviço de mídia, pois a eventual concessão de descontos não acarretaria a diminuição do valor da comissão. Com isso, consolidou-se o

costume de os anunciantes pagarem às agências uma taxa de serviço de 17,65% do valor repassado aos veículos, quantia correspondente a 15% da quantia total investida.

Todavia, apesar do referido convênio de 1949, estabeleceu-se na publicidade brasileira dos anos 1950 o costume de pagar uma comissão de 20% sobre o valor de tabela dos veículos, de tal forma que esse valor foi reconhecido tanto pelas Normas Padrão de 1957 quanto pelas de 1998. Além disso, no Brasil essa comissão nunca foi paga diretamente pelos anunciantes, e sim pelos veículos.

Esse desconto é possível porque embora a veiculação seja contratada em nome do anunciante, os anunciantes repassam previamente às agências os valores a serem despendidos. Como todo o dinheiro relativo à campanha é gerido pela agência, o desconto do veículo significa uma autorização para que ela retenha uma determinada percentagem do preço a ser pago pelos serviços de divulgação na mídia.

Em países mais influenciados pelo paradigma liberal da economia, como é o caso do próprio sistema norte-americano atual, essa *comissão* não tem um valor definido em lei, o que estabelece uma concorrência entre as agências que fixam a sua remuneração por meio do ajuste da comissão a ser recebida. No Brasil, contudo, desde as Normas-Padrão de 1957, houve uma tentativa de limitar a concorrência de preços entre as agências, o que conduziu ao estabelecimento de um *desconto uniforme* de 20%.

Essa padronização do patamar remuneratório fez com que, para os anunciantes, o único diferencial entre as diversas agências de publicidade seria a sua *qualidade*, na medida em que todas elas seriam remuneradas basicamente por meio desse *desconto-padrão*.

Uma padronização semelhante também foi implementada nas outras formas remunerativas, sendo definida

em 15% o valor das comissões a serem recebidas pelas agências pela contratação de terceiros para a execução de serviços que não resultam em *desconto-padrão*. E quando a agência não *cria* as peças a serem produzidas, realizando simples *intermediação*, essa comissão cai para a faixa de 5 a 10%. Além disso, as NPAP atuais estabelecem que os próprios serviços internos da agência não devem ser submetidos à livre estipulação das partes, mas observar parâmetros definidos pelo Sindicato das Agências.

Desde 1957, a integralidade desse desconto-padrão é devido exclusivamente às agências, sendo vedada a sua concessão aos anunciantes que contratam os veículos de maneira direta. Em 1998, essa regra tornou-se ainda mais rígida, com a limitação do desconto às agências devidamente certificadas pelo CENP. Esses mecanismos de homogeneização e de exclusividade tiveram um impacto muito grande sobre o desenvolvimento da publicidade brasileira nos últimos cinquenta anos.

Em países nos quais o desconto não é padronizado, muitas agências se viram na necessidade de trabalhar com uma margem de lucro reduzida, o que implicou uma diminuição substancial na qualidade das peças publicitárias. Assim, a reconhecida excelência da publicidade brasileira é devida, ao menos em parte, à garantia desse patamar mínimo de remuneração, que exigia das agências uma competição apenas em termos de qualidade.

Nos países em que o desconto não é exclusivo, a distribuição da mídia entre os veículos é dominada pelos *bureaux* de mídia, que trabalham como agentes financiadores que terminam por abocanhar uma fatia muito relevante dos investimentos dos anunciantes. Como essa parcela do capital é retirada do setor publicitário propriamente dito e passada ao setor financeiro (pois se trata de um mecanismo de finan-

ciamento dos veículos), diminui o capital disponível para o as agências e veículos investirem em sua atividade fim.

Assim, a tentativa das agências e veículos de manter o atual sistema remunerativo pode ser interpretada como o esforço para a manutenção de um ambiente em que a ausência de uma *competição por preços* garante a ambos os atores níveis de remuneração mais elevados que em um sistema de *livre competição*. A manutenção desse sistema de *proteção* é criticada por aqueles que consideram necessária uma liberalização dos mercados, mas essa posição deve ser vista com cuidado, especialmente porque o sistema também é defendido pelos próprios anunciantes, que teoricamente seriam a parte prejudicada por esse arranjo de coisas.

Assim, um devido equacionamento da questão precisa levar em conta que ela garante um fluxo de recursos que proporciona à publicidade brasileira um grau de excelência que interessa aos próprios anunciantes, na medida em que podem elevar o seu benefício de uma forma que compense os custos adicionais. Portanto, a questão não pode ser tratada dogmaticamente como uma necessidade *semireligiosa* de liberalizar os mercados, devendo envolver uma efetiva ponderação acerca do tipo de mercado que é mais desejável e dos instrumentos mais adequados para estimular o seu desenvolvimento.

4.2 - O BÔNUS SOBRE VOLUME

Diverso do *desconto-padrão* é o Bônus sobre Volume (BV), que é um benefício concedido semestral ou anualmente por certos veículos às agências, pelo volume global de veiculação de anúncios, o que soma os gastos com campanhas de todos os clientes da agência. Porém, é difícil avaliar a real dimensão do BV para as agências, pois, como

identificaram os técnicos do TCU ao avaliar a questão, “a regra de mercado é manter a confidencialidade, não sendo revelados detalhes dos planos de incentivo firmados entre veículo e agência, tais como a periodicidade, variações regionais, metas estipuladas e forma de pagamento (pecúnia ou em mídia)”.

Essa espécie de plano de fidelização somente gera benefícios para as agências que veiculam grandes volumes em um mesmo veículo, o que termina gerando uma pressão para a sua utilização, mesmo em campanhas nas quais ele talvez não fosse tecnicamente o mais adequado. Assim, o BV gera uma potencial tensão entre os interesses de anunciantes e agências, que conduziram as Normas-Padrão de 1957 a considerar condenável “receber dos veículos *bonificações*, concedidas ao fim de cada ano, em função do volume total da propaganda autorizada por conta e ordem dos seus Clientes”.

Porém, essa prática consolidou-se no mercado, chegando a ser expressamente admitida pelas NPAP de 1998 e pelo projeto de lei apoiado pelo CENP que atualmente tramita no Congresso Nacional. Não obstante, o direito ao BV nos contratos públicos está sendo questionado pelo TCU, que tende a se manifestar pela sua ilegalidade, na medida em que o seu corpo técnico indicou que essa forma remunerativa “tem o potencial de afetar a escolha das agências, consistindo em mecanismo que as estimula a concentrarem a publicidade em menor número de veículos”.

Além disso, a investigação do TCU identificou que a nomenclatura BV também é utilizada por veículos menores e por produtores, mas que nesse caso não se trata de um plano de incentivo vinculado ao volume, pois o benefício “é pago caso a caso, diretamente vinculado ao negócio que o produtor ou veículo pretende fechar com o cliente”. Nes-

sa situação, o chamado BV representa apenas um desconto ligado diretamente a uma campanha determinada, de tal modo que o seu não repasse ao anunciante seria irregular, mesmo nos termos da argumentação do CENP.

CAPÍTULO II

QUESTÕES ATUAIS

1 - AS TENSÕES CONTEMPORÂNEAS

1.1 - O AFLORAMENTO DAS TENSÕES ENTRE ANUNCIANTES, AGÊNCIAS E VEÍCULOS

Apesar da criação do CENP ter reafirmado o modelo de remuneração vigente no mercado desde a década de 60, nesta última década têm aflorado alguns conflitos entre os interesses dos atores do mercado. Agências e Veículos continuam com sua forte aliança, que é a base da atual organização, mas existe uma tensão desse grupo com o dos Anunciantes, que buscam saídas para diminuir suas altas despesas com publicidade.

Começa a se fortalecer a percepção de que o atual modelo é baseado na anulação da concorrência tanto entre Agências quanto entre Veículos. O mecanismo mais perverso desse sistema deriva da imensa força política dos grandes meios de comunicação de massa, que se cristalizaram nas mãos de alguns poucos grupos e cujos interesses são praticamente intangíveis, dada a sua grande capacidade de influir na formação da opinião pública. Os critérios políticos que sempre moveram as concessões de rádio e TV concentraram esses serviços nas mãos de alguns poucos grupos, muitos tendo uma natureza familiar que destoia da impessoalidade das grandes empresas do setor produtivo brasileiro.

O maior exemplo dessa situação é a hegemonia da Rede Globo no setor televisivo, cujo predomínio absoluto no mercado faz com que não haja alternativas disponíveis a ela, no que toca a uma série de campanhas. E a ausência de alternativa implica uma capacidade ímpar de definir a pró-

pria tabela de preços, que acarreta uma imensa valorização nos espaços disponíveis para publicidade.

Na imprensa, existe uma competição maior entre veículos porque, além de ela ser muito segmentada (com uma pluralidade de edições voltadas a públicos específicos), não é necessário ter autorização estatal para o estabelecimento de jornais e revistas. Porém, apesar dos avanços do liberalismo e dos princípios republicanos, que exigem uma licitação aberta das concessões públicas, o setor de radiodifusão permanece um enclave muito avesso a qualquer alteração no atual sistema de concessões e de fixação dos preços dos serviços de veiculação de publicidade.

A tensão entre os interesses de agências e anunciantes começa a aflorar também em outros pontos, especialmente na questão da *subcontratação* de publicidade, por meio dos quais os anunciantes de empresas de varejo (que é o segmento que mais investe em mídia no Brasil⁹) negociam espaços em sua própria publicidade com as empresas fornecedoras de produtos. Com isso, as grandes lojas e supermercados terminam por funcionar como um *bureau* informal, que não vende espaços na mídia, mas espaços dentro da sua própria publicidade.

Do ponto de vista dos anunciantes, essa é uma prática que dilui os custos de publicidade e, inclusive, permite o acesso de empresas menores a mídias mais caras, como a TV. Já do ponto de vista das agências, essa prática é desinteressante porque retira do mercado uma série de clientes, que deixam de contratar a elaboração de campanhas publicitárias específicas. Esse choque de interesses está cada vez mais claro, mas ainda é cedo para prever quais serão as suas repercussões sobre o mercado publicitário, especialmente

9. Vide COSTA, Quem são os anunciantes na propaganda brasileira?, em <http://www.arcos.adv.br/artigos/quem-sao-os-anunciantes-na-propaganda-brasileira/>.

porque ele atinge uma parcela relativamente pequena, embora influente, de anunciantes.

De toda forma, esses exemplos indicam que os principais conflitos contemporâneos no setor publicitário estão no afloramento das tensões existentes entre os interesses dos Anunciantes e das Agências, motivados pelas limitações atualmente impostas à livre concorrência entre agências e entre veículos.

1.2 - O SETOR PÚBLICO

Se no campo privado essa questão ainda é incipiente, no que toca às relações entre o Estado e o setor de propaganda, os conflitos já estão instalados e maduros, desenvolvendo-se atualmente em três linhas paralelas de tensão:

- A primeira refere-se à compatibilidade entre o modelo de organização da publicidade e o *direito da concorrência*. Esse é o conflito mais grave, pois coloca em xeque o núcleo do sistema de publicidade, que é a validade das Normas-Padrão. O centro de decisão ligada a esse problema é o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
- A segunda envolve a questão da *liberdade de expressão comercial*, tratando dos limites impostos à veiculação de propagandas de produtos e serviços potencialmente lesivos à saúde e ao meio ambiente.
- E a terceira refere-se à compatibilidade entre o modelo de remuneração e as regras do *direito administrativo*, que atualmente está sendo avaliada pelo TCU – Tribunal de Contas da União.

Nas duas primeiras, o Estado desempenha o papel de um *regulador* que intervém no mercado publicitário com o objetivo de compatibilizar os *interesses setoriais* da publicidade com os *interesses sociais* ligados ao consumo e à

concorrência. Essas questões podem ser interpretadas como choques entre o *sistema de publicidade* e outros sistemas sociais que pretendem influenciar a sua organização.

Na terceira linha, o Estado desempenha uma função diversa, pois ele não ocupa sua função de *anunciante*. Nesse caso, os órgãos públicos atuam como um dos personagens do setor publicitário e a tensão ocorre entre o *interesse administrativo* e os *interesses das agências e veículos*, e não se diferencia muito das tensões que ocorrem no setor privado, pois envolvem a garantia dos interesses dos anunciantes dentro do atual modelo de contratação dos serviços de publicidade.

Contudo, diversamente do que ocorre no âmbito dos contratos privados, em que essas tensões apenas começaram a aflorar e ainda não foram amplamente debatidas, o mercado de publicidade ligada ao setor público está no limiar de sofrer grandes mudanças, voltadas a compatibilizar o regime da publicidade com as diretrizes gerais do direito administrativo contemporâneo.

Para compreender o sentido dessas transformações que estão no horizonte, é preciso compreender adequadamente as três linhas de tensão que compõem o cenário.

2 - PUBLICIDADE E CONCORRÊNCIA

2.1 - A QUESTÃO DA CONCORRÊNCIA

A redemocratização do país, na década de 1980, não se deu sob o signo da liberação dos mercados, mas da implantação de regimes de proteção ao capital brasileiro e a determinados setores, que foram sendo gradualmente desmontados nos anos 1990. O avanço do liberalismo, especialmente no governo FHC, implicou o fortalecimento do

sistema de defesa da concorrência, cujos principais órgãos são a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que passaram a ter uma postura cada vez mais atuante na defesa da livre concorrência e da livre iniciativa.

Essa mudança tem reflexos diretos sobre o setor de publicidade, na medida em que o modelo de organização vigente é baseado em mecanismos cuja função é justamente a de *evitar* a concorrência entre as agências de propaganda. Durante a década de 1950, consolidou-se a prática de as agências serem remuneradas por um desconto *uniforme*, incidente sobre a tabela de preços dos veículos e, com isso, os anunciantes escolhem as agências com base em critérios técnicos e/ou políticos, pois nenhuma delas pode conceder descontos que reduzam substancialmente os gastos com publicidade.

Esse modelo se cristalizou na década de 60, quando deixou de ser apenas um costume do mercado reconhecido pela auto-regulação de 1957, e tornou-se uma regra imposta pela própria legislação. Desde então, o direito brasileiro passou por uma série de mudanças, mas o setor de publicidade conseguiu manter inalterado o seu sistema normativo. Mesmo os grandes desenvolvimentos operados na legislação de licitações e contratos desde a publicação da Lei nº 8.666/93, que buscaram normatizar detalhadamente as contratações públicas, não se refletiram sobre a publicidade, pois a força do setor de propaganda junto ao Poder Legislativo evitou alterações em sua regulação jurídica.

Com isso, prevaleceu na publicidade uma *auto-regulação*, por meio da qual os próprios atores definiam os padrões de organização e de remuneração do setor. E o discurso que sustenta essa prática é baseado nas idéias liberais de que os atores devem agir com ampla liberdade e que o Estado não deve restringir a livre atuação do mercado. Porém,

o exercício desse liberalismo não conduziu a uma *desregulamentação* dos mercados, e sim a uma *auto-regulação* que gerou uma espécie de *protecionismo econômico* que evita a efetiva competição entre as agências pelo oferecimento do melhor preço.

Essa organização garantiu condições favoráveis para o desenvolvimento da *qualidade* do mercado, na medida em que esse é o grande diferenciador entre as agências. Porém, a manutenção desse modelo exige o estabelecimento de altos patamares de custo, que exigem uma remuneração condizente. Portanto, era de se esperar que as crises desse sistema se dessem na oposição de interesses entre anunciantes (que pressionam para um menor custo) e agências e veículos (cuja remuneração é proporcional aos custos de veiculação). E as potenciais intervenções do Estado no mercado de publicidade estão baseadas justamente na garantia dos direitos dos anunciantes (mais especificamente, na garantia dos seus direitos *como* anunciante).

Contra esse tipo de intervenção, o setor maneja um ideário liberal típico do século XIX, que pregava a absoluta liberdade dos mercados. Porém, o próprio liberalismo se renovou no século XX, quando ficou claro que um mercado *desregulado* tipicamente desenvolvia práticas anti-concorrenciais. Assim foi que, por volta da década de 1930, consolidou-se a prática de o Estado intervir na economia para garantir a manutenção da livre concorrência e da livre iniciativa, que são os pilares da economia capitalista. Com isso, a afirmação de uma liberdade *ilimitada* dos agentes privados e a conseqüente oposição ao controle *estatal* representa uma evidente anacronia dos valores com que o setor publicitário busca justificar a manutenção do modelo atual.

O setor faz normalmente uma defesa ideológica da *auto-regulamentação*, baseada no fato de ela ser *legítima*.

Porém, as críticas ao modelo não questionam a sua legitimidade, mas o fato de que ele pode não ser *benéfico* para a sociedade como um todo. Nesse ponto é que os discursos do setor publicitário mostram sua fraqueza: eles defendem a legitimidade da auto-organização, mas tipicamente não se abrem para a análise da utilidade social das suas regras e para a avaliação de sua compatibilidade com os interesses coletivos. E é nesse campo de argumentação que se desenvolve todo o debate concorrencial.

2.2 - O CENP E O SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Apesar de todas as resistências do setor, a estabilidade do modelo de *auto-regulamentação* sofreu um duro golpe em 1997, quando uma iniciativa da SECOM levou o Presidente da República a revogar o decreto que conferia eficácia geral às Normas-Padrão de 1957, sob o argumento de que “cabia ao Estado retirar subsídios e proteções ao produtor nacional, a fim de obter impacto sobre a competitividade e os preços, o que, até então, não vinha ocorrendo em relação ao mercado publicitário, que continuava a orientar-se por rígida regulamentação pública.”

Essa iniciativa originou-se do fato de que as condições econômicas do início dos anos 90 haviam levado as agências a negociar com os grandes anunciantes parte dos descontos de agência, que era retornado ao anunciante na forma de espaço publicitário ou de dinheiro. Com a revogação do referido artigo, os órgãos públicos passaram a negociar o desconto de agência, assim como já havia começado a ocorrer na iniciativa privada. “À medida que os contratos iam vencendo, as comissões sobre veiculação começaram

a baixar, embora a sistemática de relacionamento governo/veículos/agências tenha permanecido intocada.”¹⁰

Essa alteração não surpreendeu o mercado, pois ela veio ao final de mais de um ano de diálogos com a SECOM, tempo em que o setor de publicidade decidiu reforçar a *auto-regulamentação*, para manter as bases do sistema de organização vigente. No momento em que o decreto foi revogado, já havia um acordo de auto-regulamentação aprovado pelas entidades da classe. Assim foi que os três grandes atores do setor de publicidade se uniram para reafirmar as formas tradicionais de remuneração, desencadeando o movimento que terminou resultando em 1998 na edição das atuais Normas-Padrão da Atividade Publicitária e ao órgão que foi criado para garantir a sua aplicação, o CENP. O resultado desses esforços foi a relativização de algumas das regras anteriores, especialmente no tocante ao poder público, mas mantiveram o núcleo do modelo, que era o afastamento da concorrência de preços entre as agências.

Por esse motivo, as entidades que elaboraram o acordo de *auto-regulamentação* que deu origem às NPAP e ao CENP comunicaram a realização desse ato ao sistema de defesa da concorrência, o que deu origem a um longo processo de avaliação, que pode ser dividido em três fases.

A) FASE 1: PARECERES DA SEAE E DA SDE

A consulta foi apresentada à SDE, que é responsável por avaliar condutas que repercutem no plano concorrencial. Nesse comunicado, as referidas instituições admitiram abertamente que as normas-padrão implicavam uma restrição à concorrência *de preços*, mas que essa regulamentação era lícita na medida em que a concorrência *qualitativa* era

10. Vide Acórdão TCU n. 2.062/06 - Plenário

mantida e que o modelo instituído criava as bases de um mercado saudável para a publicidade nacional. Além disso, argumentou-se que as influências concorrenciais da *auto-regulamentação* precisam se avaliadas em função de sua legitimidade, pois elas podem fazer parte de uma estratégia *cooperativa* legítima, em que os atores de um determinado setor organizam as bases de uma competição produtiva.

Nesse sentido, o principal argumento foi o de que a *desregulamentação* tendia a gerar um ciclo vicioso, desencadeado por uma queda de qualidade derivada da competição das agências: “intervalos comerciais e anúncios menos atraentes afastam a audiência; a menor eficácia da propaganda conduz a uma redução dos investimentos pelos anunciantes, em detrimento do conteúdo produzido pelos veículos. Com a menor ‘pressão’ publicitária, a concorrência entre as empresas tende a se reduzir ou a perder o vigor.”¹¹ Assim, as entidades que instituíram o CENP sustentaram que a auto-regulamentação não atentava contra o interesse público, na medida em que elas resultavam em um mercado transparente e saudável.

Esse comunicado foi primeiramente avaliado pela SEAE, que a considerou um *ato de concentração* (AC nº 0812.010080/98-52) e emitiu um parecer favorável à aprovação do ato, desde que fossem dele excluídos alguns pontos, entre os quais merecem destaque:

1. A fixação do desconto padrão em 20%, recusada sob o fundamento de que a fixação uniforme desse desconto elimina a concorrência de preços. Contra os argumentos apresentados pelo setor de publicidade, a SDE sustentou que a qualidade da propaganda não era um bem *em si* e que um mercado saudável deveria ter opções mais amplas de *custo/benefício*, em vez de exigir uma alta qualidade e custos correspondentes.

11. Comunicado dirigido à SDE, assinado pelo jurista Tércio Sampaio Ferraz Jr.

2. A vedação de concessão de descontos a bureaux de mídia, criticada porque o modelo atual de desconto-padrão implica uma espécie de venda casada de serviços de criação/produção e de mídia. Com a abertura da concessão de descontos para os bureaux, seria possível destacar esses dois serviços, permitindo a contratação autônoma de serviços de mídia. Além disso, a SDE sustentou que a abertura do mercado aos bureaux seria benéfica para os anunciantes, na medida em que ela pressionaria para baixo o preço cobrado pelos veículos. Para corroborar esse argumento, indicou que em um mercado livre, como o dos EUA, as agências cobram em média 15% pelos serviços integrados e os bureaux cobram 10% pelo serviço de mídia. Também indicou que, na Argentina, os descontos das centrais de compra de espaço chegam a 40%.

3. A exigência de certificação das agências, atacada sob o argumento de que “os certificados de qualificação são utilizados como barreira à entrada e não como padrão de bom funcionamento”, o que as torna uma barreira à livre iniciativa.

Portanto, apesar de ter indicado a aprovação, o parecer preliminar da SEAE foi francamente contrário às NPAP, na medida em que considerou ilícitas as suas principais diretrizes, defendendo a desregulamentação do setor e a abertura do mercado aos bureaux de mídia, cuja entrada no mercado foi considerada benéfica para os anunciantes.

Contrapondo-se a essas razões, o CENP apresentou um parecer de Fabio Nusdeo, em que reforçava a idéia de que a auto-regulamentação era um modo legítimo de ação cooperativa e de que os *bureaux* em nada contribuem para o setor. Além disso, refutou a idéia de que o desconto-padrão impõe uma venda casada, pois não se trata de uma vinculação arbitrária de serviços voltada à elevação artificial dos lucros, mas do oferecimento de serviços complementares que tornam conveniente a sua prestação acoplada.

Posteriormente, o acordo foi analisado pela SDE, que reafirmou os argumentos da SEAE e se manifestou contra o referido ato porque a sua adequação ao direito da concorrência exigiria mudanças tão profundas que o acordo perderia o sentido. Entre as razões apresentadas, merece destaque o seguinte parágrafo, que posteriormente foi retomado na argumentação do TCU sobre a questão.

“O argumento utilizado pelos requerentes, de que o livre mercado seria ruinoso para o setor, é conhecido de longa data pelas autoridades de defesa da concorrência. Na verdade, trata-se do argumento mais comum na defesa de práticas cartelizantes. Entretanto, este é um argumento que retrata a incapacidade das empresas em perceberem o dinamismo da economia. Longe de ser ruínosa, a ação das forças do mercado tende a propiciar vastos benefícios ao setor. Serão estas forças que separarão as empresas eficientes das ineficientes. Os possíveis prejuízos causados a concorrentes ineficientes serão amplamente excedidos por benefícios aos consumidores e à economia como um todo”.

Torna-se claro que a defesa da SDE não foi baseada em uma análise específica do setor nem levou em conta as percepções dos atores envolvidos. Tratou-se de uma defesa *ideológica* do livre mercado, baseada na idéia de que a liberalização é boa *em si*, pois *necessariamente* traria benefícios ao setor. Encastelados em sua própria ideologia liberal, os avaliadores da SDE limitaram-se a afirmar que nenhuma restrição à livre concorrência pode ser legítima, numa postura de fechamento que não é compatível com a afirmação de uma democracia que exige abertura e diálogo com as pessoas afetadas por uma decisão estatal. E foi justamente nesse ponto que a postura do CADE se distanciou daquelas adotadas pela SDE e pela SEAE.

B) FASE 2: DECISÃO DO CADE

Dando seqüência ao processo, os pareceres foram enviados ao CADE, que é o órgão com autoridade para decidir sobre a validade dos atos de concentração, sendo que a procuradoria dessa instituição emitiu parecer que corroborou as teses da SDE, argumentando que as limitações à concorrência não tinham qualquer contrapartida para o interesse público, motivo pelo qual o acordo não deveria ser aprovado.

Porém, reconhecendo que não havia no processo informações suficientes para avaliar o impacto do *acordo* no setor de publicidade, a relatora Hebe Teixeira Romano tomou uma série de iniciativas voltadas a dialogar com o setor publicitário. Em primeiro lugar, foi convocada uma audiência pública em que participaram vários envolvidos no setor e publicidade. Como era de se esperar dos atores que protagonizaram o acordo, as entidades que compõem o CENP defenderam unanimemente as novas regras. Mas outros atores também defenderam essas regras, merecendo destaque a manifestação da própria SECOM, que considerou que as NPAP propiciariam uma estrutura ordenada e estável ao mercado de publicidade, no estágio de desenvolvimento em que ele se encontra.

Nesse ponto, já não se tratava mais de uma defesa *a priori* da livre concorrência contra todas as restrições, mesmo as bem intencionadas. O que se buscava era verificar se a regulação proporcionada pelas NPAP era adequada ao desenvolvimento do setor publicitário, se propiciava uma competição saudável ou se limitava a participação no mercado de atores cujos interesses deveriam ser defendidos. Por isso mesmo foi que o CADE converteu o processo de *ato de concentração* em uma *consulta em tese*, voltada a avaliar a compatibilidade do acordo com o direito da concorrência.

Apreciando essa consulta, a Relatora concluiu que o acordo era *potencialmente* danoso à livre iniciativa e concorrência, mas que não havia ainda qualquer dano efetivo ou iminente e nenhum abuso a ser coibido. Por isso, em vez de partir para uma defesa *preventiva* de atores que não tinham se manifestado contra as NPAP, o CADE decidiu pela manutenção da vigência do acordo, que poderia ser reavaliado na medida em que ele fosse contestado por pessoas que tivessem seus interesses feridos por essa regulamentação. Foi essa a base da conclusão da Relatora, que afirmou, em voto acolhido por unanimidade em 2000:

“Assim, recomendo que as Consulentes procurem adequar o Acordo de Auto-Regulamentação às regras concorrenciais atualmente vigentes, dentro dos ditames constitucionais para que realmente se torne eficaz ao setor; à sociedade e ao País, com vistas a, futuramente, as questões aqui apontadas como efeitos potenciais nocivos à concorrência não se tornem práticas abusivas passíveis da repressão prevista na Lei.

Vale registrar que esta resposta não desvincula o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de possível intervenção no sentido de reprimir qualquer abuso de poder econômico ou infração prevista na Lei de Defesa da Concorrência que venha ocorrer no Setor.”

Portanto, o resultado foi favorável ao CENP, mas essa resposta não pode ser lida como um reconhecimento da *adequação* do contrato, pois apenas se concluiu que não havia ainda elementos suficientes para caracterizar uma situação ilícita. Não obstante, foram reconhecidos vários pontos potencialmente danosos, sobre os quais houve indicação de que deveriam ser tomados cuidados especiais para evitar danos à concorrência. E o CADE manteve explicitamente aberta uma porta para reexaminar a questão, caso algum dos interessados manifestasse sua discordância.

C) FASE 3: QUESTIONAMENTO JUDICIAL

Considerando que a decisão do CADE tinha um caráter provisório e que apontava para a necessidade de investigações mais concretas, no ano seguinte (2001) a SDE instaurou um novo processo administrativo (ato de concentração nº 0812.000890/2001-11), voltado a apurar a efetiva existência de condutas infringentes à ordem econômica. Como era de se esperar, a abertura desse processo foi impugnada pelo CENP, que impetrou um mandado de segurança sustentando que a abertura do novo processo era incompatível com a decisão do CADE.

Em sua argumentação, o CENP alegou que havia infração à *coisa julgada administrativa*, o que implica a impossibilidade de Administração modificar uma decisão anteriormente tomada. Essa tese, porém, não foi acolhida pelo poder Judiciário, que em momento algum afirmou que o CADE não poderia mudar seu posicionamento, ainda mais considerando que se tratou de mera consulta. Todavia, ainda assim o mandado de segurança foi deferido, pois o juiz da causa considerou que seria necessário algum elemento novo para justificar que a SDE instaurasse outro processo administrativo a ser julgado pelo CADE, pois este órgão já havia indicado que os elementos presentes nos autos não o tornavam ilegal *em abstrato*.

Essa decisão teve ampla divulgação nos meios públicos, e o CENP chegou a divulgar em sua página um artigo de sua assessoria jurídica indicando que esse mandado de segurança consolidou a decisão do CADE que “aprova a criação da entidade e as Normas Padrão da Atividade Publicitária, o que constitui coisa julgada administrativa, não mais sujeita a apreciação por qualquer autoridade

governamental”¹². O texto chega a admitir que o CADE fez “algumas poucas ressalvas a título de mera cautela para evitar que a auto-regulamentação publicitária pudesse, no futuro, ser interpretada de forma a implicar alguma restrição concorrencial”. Porém, essa interpretação é demasiadamente parcial, pois a tese da coisa julgada não foi aceita e ela minimiza o fato de o CADE ter reconhecido que as NPAP são potencialmente danosas à concorrência.

Além disso, a decisão do mandado de segurança ainda não transitou em julgado, pois pende sobre ela uma apelação que atualmente corre no TRF da 1ª Região. Nesse recurso, a União argumenta que a manifestação do CADE, feita em termos de consulta em tese, não proporciona “direito líquido e certo de afastar a instauração de processo administrativo pela SDE e posterior julgamento pelo CADE porque a própria consulta ressalva que poderá o CADE atuar na repressão do abuso do poder econômico ou infração às leis de Defesa da Concorrência”.

Contrapondo-se a esse recurso, o CENP afirmou claramente que não nega a competência da SDE de instaurar novos procedimentos administrativos desde que haja “fatos novos que constituam indício de infração”, e o que não se admite é que se “extraia uma simples cópia de processo já submetido a julgamento do CADE e, autuando-o novamente, remeta-o àquela autarquia para novo julgamento”. Essa argumentação é bem mais leve que a *coisa julgada administrativa*, e ressalta a provisoriedade da decisão do CADE, que a qualquer momento pode ser colocada em revisão.

Essa apelação ainda não foi julgada, mas a SDE admitiu a correção dos argumentos do CENP e terminou anulando, de ofício, o processo administrativo impugnado. Porém, anulação somente não obistou o andamento do feito porque a

12. Vide www.cenp.com.br

Advocacia-Geral da União requereu expressamente o prosseguimento do recurso, afirmando que o interesse em desconstituir a decisão do mandando de segurança era indisponível. Portanto, embora o CENP tenha sido vitorioso frente às primeiras investidas do sistema de defesa da concorrência (SDC), essa é uma situação provisória, pois a possibilidade de que a SDE instaure novo processo de apuração de danos à concorrência ainda não foi decidida na via judicial, estando esse processo aguardando a decisão do TRF.

Contudo, o fato mais relevante foi a instauração pela SDE do processo administrativo 08012.008602/2005-09, que não mais trata as NPAP em abstrato, mas parte da análise casos concretos, selecionados dentre os 203 procedimentos instaurados pelo CENP para apurar o descumprimento das cláusulas de remuneração e certificação das Normas-Padrão, nos quais anunciantes e agências utilizaram a prerrogativa da livre negociação. Por trazer fatos novos e por se tratar de uma análise concreta dos procedimentos punitivos, esse processo escapa da argumentação que orientou a sentença do Mandado de Segurança, o que significa que o CADE pode reavaliar a situação do CENP.

3 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL

O IV Congresso de Publicidade, realizado em 2008, repudiou *todas as iniciativas de censura à liberdade de expressão comercial, inclusive as bem intencionadas*. Esse discurso não é novo, pois ele é a voz dominante no setor publicitário desde a década de 70, quando os movimentos de defesa do consumidor começaram a resultar em iniciativas governamentais de regulação do *conteúdo* das propagandas comerciais. Naquela época, a criação do CONAR e da autorregulamentação impediram uma regulação estatal do setor.

Desde então, a proteção aos consumidores tem se tornado cada vez mais ampla, o que implica uma constante tensão com os interesses do setor publicitário de manter a liberdade de propaganda. Esse conflito aflorou novamente no curso dos debates que envolveram elaboração da Constituição de 1988, momento em que o CONAR coordenou uma campanha feita em nome do “movimento nacional pela livre iniciativa” e cujos principais lemas eram: “não há liberdade política sem liberdade econômica” e “o sistema da livre iniciativa é a base da democracia”¹³.

Apesar de tais esforços, a pressão do movimento de defesa dos consumidores conseguiu fazer com que o texto constitucional determinasse que a propaganda *de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias* estará sujeita a restrições legais e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, §4º, II). Essa derrota não afetou o posicionamento do setor, que continuou unido na defesa contra a restrição dos espaços de publicidade.

Essa tensão perpetua-se até os dias atuais, sendo que nesses 20 anos houve um incremento gradual na restrição à propaganda de cigarros, bebidas alcoólicas e de medicamentos. O ritmo dessa ampliação foi lento, especialmente porque cada um dos seus movimentos ocorreu em conflito com o mercado publicitário, cuja receita é diretamente afetada pela regulação estatal. Porém, o movimento continua e nada aponta para uma mudança de sentido ou de intensidade, especialmente no longo prazo.

Dessa forma, mesmo que o setor ainda tenha a ganhar com as estratégias voltadas a adiar essa transformação e a mitigar sua intensidade, também é preciso construir alternativas viáveis para prazos mais dilatados. É certamen-

13. Vide ROCHA, Maria Eduarda da Mota.

te difícil projetar futuros mais distantes quando os lucros presentes se encontram ameaçados pelos riscos imediatos, representados pelas *mais de 200 propostas no Congresso Nacional e outras em estudos na Anvisa para restringir a propaganda de bebidas, remédios, alimentos, refrigerantes, automóveis, produtos para crianças, entre outras*.

Porém, não parece que o setor tenha muito a ganhar com o caminho anunciado no IV Congresso de Publicidade, na medida em que as teses vencedoras apontam para estratégias de *obstrução*, que somente têm a capacidade de influir no ritmo das transformações, mas são incapazes de influir nos rumos dos processos de mudança que estão em curso, pois não oferecem uma base adequada para o *diálogo* com as outras posições em jogo.

3.1 - O IV CONGRESSO DE PUBLICIDADE

No que toca à liberdade de propaganda, as conclusões do IV Congresso de Publicidade foram sintetizadas em uma carta escrita pelos integrantes da Comissão de Liberdade de Expressão Comercial, que traduz com precisão o tom das discussões e a atitude predominante no encontro.

Como já foi descrito na Introdução, essa carta começa com uma série de palavras bonitas e chamativas (responsável, premiada, alto astral, entre outras), voltadas a enaltecer a publicidade brasileira, e não a refletir sobre ela. Depois, adota uma postura defensiva, pintando a propaganda como um bode expiatório dos problemas sociais e contrapondo-se às tentativas de regulação, sob o argumento de que *a publicidade não causa obesidade, alcoolismo, acidentes domésticos ou de trânsito*. Por fim, faz uma apologia da auto-regulamentação, sustentando que as regras impostas pelo CONAR são suficientes para a garantia da ética na publicidade, e afirman-

do que as limitações à propaganda terminam por cercear a liberdade de expressão, na medida em que é a publicidade que viabiliza a vida financeira dos veículos de comunicação.

Com isso, o novo congresso repete o mesmo discurso que, desde a década de 70, pretende garantir a liberdade de expressão comercial contra as restrições estatais à propaganda. Trata-se de um discurso que *nega a legitimidade* das intervenções e, portanto, não pode dialogar com elas, pois não se pode debater os limites de poder de restrição que é rejeitado de forma absoluta. Tal postura gera uma espécie de encastelamento, pois os atores do setor publicitário retomam o mesmo discurso que vem sendo repetido há quarenta anos, que santifica a publicidade (apresentada como a salvaguarda da liberdade de expressão) e demonifica as restrições à propaganda (pintadas sempre como uma espécie de censura).

Porém, a falta de uma densidade reflexiva esvazia o sentido dessas palavras tão simbólicas: *liberdade e censura*. A liberdade, no contexto de uma democracia contemporânea, é sempre regulada pelo direito, que a limita em nome do bem comum. Por isso mesmo é que nem toda restrição à propaganda pode ser taxada de censura, termo que em si já caracteriza uma avaliação negativa. Esse é uso maniqueísta, que não leva em conta toda a complexidade da discussão, em que o sentido da liberdade precisa ser construído no debate público.

Porém, o repúdio do setor publicitário não impede o fluxo das mudanças, que continua apontando para uma crescente regulação da atividade publicitária relativa a produtos e serviços potencialmente danosos. Com isso, o repúdio *a todas as restrições*, bem como sua qualificação irrestrita como *censura*, limita a participação do setor na definição do processo de regulação da propaganda, pois os seus argu-

mentos se tornam muito pouco persuasivos perante as instituições governamentais e do terceiro setor que percebem nessas restrições uma concretização dos direitos do consumidor, e não uma violação da liberdade dos anunciantes.

3.2 - RETOMANDO O PROTAGONISMO

Por isso mesmo, é preciso promover diálogos e realizar reflexões que possibilitem ao setor organizar-se de uma maneira percebida como correta pelo restante da sociedade. Somente assim é que as propostas do setor de publicidade poderão ser aceitas nos fóruns gerais de debate, e não apenas nos conclaves da categoria.

Nesse sentido, convém observar a grande diferença das posturas dominantes no III e no IV Congressos de Publicidade, ambos convocados em virtude do sentimento de que as intervenções do Poder Público ameaçavam romper o equilíbrio do setor. O III Congresso, ocorrido em 1978, foi uma reação a movimentos que buscavam instituir um órgão governamental voltado a realizar um controle prévio das peças publicitárias, em nome da garantia dos direitos do consumidor. Esse controle foi interpretado como uma extensão da censura prévia à propaganda e essa proposta foi rejeitada unanimemente por todos os atores do setor, que superou os dissensos internos¹⁴ e uniu-se para promover “a defesa da propaganda contra a instituição da censura governamental”¹⁵.

Naquele momento, o setor adotou uma postura *propositiva*, reconhecendo a existência de abusos cometidos con-

14. Naquele momento, havia especialmente um debate sobre a conveniência da manutenção do modelo de remuneração instituído pelo I Congresso e consagrado na legislação, que começava a se mostrar muito oneroso para uma economia que deixava de crescer no ritmo acelerado do milagre econômico. Porém, esse debate não chegou ao Congresso, que não enfrentou as polêmicas da época, concentrando-se apenas na questão da censura.

15. Congressos Brasileiros de Publicidade: I, II e III. p. 110.

tra os direitos do consumidor (cuja defesa ainda era embrionária na década de 70), e oferecendo um projeto alternativo ao controle estatal prévio: um sistema de auto-regulamentação célere, inspirado no modelo inglês, que equilibrava a liberdade de expressão com a defesa dos consumidores contra propagandas enganosas e abusivas. Assim foi que o III Congresso aprovou o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, desencadeando o processo que resultou na criação do Conselho Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CONAR), instituído em 1980.

Já no IV Congresso, a postura foi mais *reativa*, pois a oposição contra as recentes limitações à liberdade de propaganda de uma série de produtos (cigarros, bebidas, remédios, etc.) limitou-se a uma afirmação dos princípios de liberdade, mas não implicou o oferecimento de respostas alternativas capazes de solucionar as situações que outros setores sociais percebem como problemáticas. Nesse sentido, é bastante eloquente o fato de a tese geral do Congresso, aprovada por aclamação, é de repúdio a “todas as iniciativas de censura à liberdade de expressão comercial, inclusive as bem intencionadas”.

Essa reação da indústria da comunicação revela várias coisas. A primeira é que ela se pauta pelo modo de pensar publicitário, que elege um slogan simples e de fácil assimilação, mas incapaz de expressar a complexidade envolvida nas questões mais delicadas. Reduzir a defesa dos interesses dos consumidores a uma censura bem intencionada termina por distorcer o sentido das iniciativas que o Congresso visava combater. Esse repúdio radical termina por afastar qualquer escuta receptiva, abrindo um abismo entre o setor publicitário e a sociedade, indicando que os publicitários falaram para si próprios, sem se preocupar com o convencimento do restante da sociedade.

Conseguiu-se até mesmo ressuscitar a anacrônica bandeira da luta contra a ditadura, pois já não vivemos em um ambiente de repressão. O que existe é uma tentativa de regulamentar setores da atividade privada, submetendo-os à necessidade de respeitar certos interesses coletivos. Ainda que ocorram vários excessos por parte de alguns órgãos estatais, somente os publicitários e anunciantes que têm seus interesses diretamente atacados estão dispostos a caracterizar essas regulações como censura ou ataques à liberdade de imprensa.

Por isso mesmo, não há sentido estratégico algum em seguir essa linha de repúdio, principalmente porque ela tende a cegar os próprios publicitários para os movimentos maiores em que o setor está inserido. Na década de 70, optou-se por construir mecanismos que adaptassem o setor publicitário às demandas sociais que pediam um controle dos conteúdos, o que foi conquistado com a auto-regulação. Agora, optou-se por negar a legitimidade das demandas sociais contemporâneas, atitude que pode fazer com que o setor deixe de ser protagonista de sua própria história e termine seguindo a reboque das decisões estatais impostas a ele.

É certo que ainda há iniciativas prospectivas, especialmente de parte do CONAR, que tem tentado conter a regulação externa da publicidade mediante o enrijecimento das regras de auto-regulação. Em fevereiro de 2008, por exemplo, foram aprovadas regras mais rigorosas sobre a publicidade de bebidas alcoólicas. Porém, as normas de auto-regulamentação tendem a ser bem mais leves que as imposições estatais, como se pode apreender, por exemplo, da leitura das regras sobre o fumo¹⁶. Na medida em que a postura de rejeição absoluta das limitações à propaganda,

16. As regras de auto-regulamentação do CONAR estão disponíveis no site <http://www.conar.org.br/html/codigos/indexcodigoseanexo.htm>.

adotada no IV Congresso, parece inviabilizar uma auto-regulamentação que esteja verdadeiramente aberta ao diálogo com as parcelas da sociedade que pretendem uma restrição mais severa à publicidade de produtos potencialmente nocivos à saúde. Assim, apesar de estarem corretas em seu sentido, as iniciativas do CONAR parecem mais tímidas do que seria necessário para equilibrar a demanda social por regulação e, com isso, conter o avanço da regulação estatal da publicidade.

4 - COMPATIBILIDADE COM O DIREITO ADMINISTRATIVO

Enquanto o CADE e a SDE questionam a validade das NPAP com relação à garantia da livre concorrência, o TCU fecha o cerco no que toca à compatibilidade entre o modelo de remuneração vigente e as normas sobre contratos administrativos.

Atualmente, estão sob análise do Tribunal de Contas da União (TCU) vários processos derivados de auditoria dos contratos de publicidade firmados diretamente com o governo federal e com empresas passíveis de fiscalização por esse órgão. Entre eles destaca-se a tomada de contas 019.444/2005-2, na qual se discute uma série de questões relativas aos contratos de publicidade celebrados entre as agências e a administração pública.

Esse processo foi julgado por meio do Acórdão 2.062/06, em que o Plenário do TCU decidiu que a Administração Pública não se submete às Normas-Padrão e recomendou o abandono de algumas práticas publicitárias que ele considerou colidentes com o interesse público e o direito administrativo, tais como os planos de incentivo e o regime de execução dos contratos. Além disso, questiona-

se a própria forma dos contratos, que não definem *a priori* os serviços a serem executados, nem do investimento que ficará a cargo do contratante.

É possível notar que, nos posicionamentos do Tribunal, pesa bastante a crise de credibilidade do setor publicitário, que se seguiu às várias denúncias de corrupção referentes às conexões evidenciadas na CPMI dos Correios. Obviamente, não é correto estigmatizar um setor por causa de problemas envolvendo algumas agências, mas ocorre que os recentes escândalos fizeram com que toda publicidade passasse a ser vista pelo TCU com suspeita. Assim, mesmo as agências mais sérias tornaram-se alvo de uma fiscalização especialmente rígida, que conduziu o TCU a determinar alterações radicais em vários dos contratos investigados.

Embora haja vários pontos que podem ser aperfeiçoados no modelo vigente e o TCU tenha feito uma análise competente da vários deles, o resultado refletiu a idéia de que era preciso modificar radicalmente os contratos de propaganda. Assim, a intervenção delineada pelo Tribunal não leva em consideração várias das peculiaridades do setor de propaganda, e incide em alguns pontos na visão distorcida que considera *desperdício* todos os pagamentos às agências que não remuneram diretamente a atividade de *criação*. Essa apropriação do *mito do publicitário criador*¹⁷ parece ter sido um dos principais pontos que conduziram a Corte a considerar irregulares certas características inafastáveis dos contratos de publicidade e a impor algumas alterações ao atual mercado que, sob o argumento de aperfeiçoá-lo, acarretarão novas distorções.

Devemos ressaltar que essa decisão do TCU ainda não vincula a administração pública porque a eficácia do acórdão foi suspensa em virtude da interposição de um recurso

17. Sobre esse mito, vide Capítulo I - 4.1. a) .

que ainda não foi julgado. No decorrer desse processo, foi realizada a primeira audiência pública do Tribunal, em 1º de agosto de 2007, organizada pelo Ministro Marcos Vilela, que não trouxe elementos novos para o debate, mas demonstrou uma abertura para o diálogo com o setor. Passado cerca de um ano desta data, o recurso continua esperando julgamento, e pode ser decidido a qualquer momento, e o seu resultado terá implicações profundas no setor de publicidade, motivo pelo qual é importante conhecer os impactos que ele pode trazer.

4.1 - ORIGENS DO DEBATE: A INVESTIGAÇÃO E A DECISÃO DO TRIBUNAL

A referida tomada de contas tem como origem uma série de denúncias veiculadas na mídia, que conduziram o TCU a realizar auditorias em dezessete órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para verificar a legalidade das licitações e contratos de prestação de serviços de propaganda e publicidade, relativos ao período de 2001 a 2005. Portanto, não se tratou de um caso específico nem isolado, mas de uma análise abrangente da questão da publicidade administrativa.

Nessa investigação, a área técnica do TCU identificou uma série de situações que foram consideradas irregulares, tanto nas licitações quanto nos contratos relativos à publicidade. O principal argumento liga-se à idéia de que a contratação de agências para a realização de uma série de serviços que são terceirizados (especialmente impressão e veiculação) é uma prática desnecessária e antieconômica, que compromete o interesse público na medida em que a agência recebe proporcionalmente ao que gasta nessas etapas do trabalho, gerando conflito de interesses entre agência

de publicidade e Estado. Por isso, entendeu o Tribunal que a agência de publicidade não deve ser remunerada por meio de uma comissão paga *pelo veículo*, pois isso não estimularia a busca pelo menor preço dos serviços de execução.

Por seu turno, as agências de publicidade defendem a licitude dessa forma de contratação, que é o modo tradicional de remuneração, reconhecido inclusive na lei que rege o setor. Além disso, sustentam que é legítima e eficiente a remuneração por comissão, na medida em que é buscada a melhor relação entre custo e benefício na veiculação de mídia.

A legalidade do sistema de comissões é o ponto central no debate sobre o modelo de remuneração das agências, e a solução dessa questão implicaria uma alteração radical no funcionamento do setor. Por isso, entre os processos atualmente em curso, este é o que representa o maior potencial de acarretar transformações no mercado publicitário brasileiro, motivo pelo qual analisaremos alguns pontos do acórdão que repercutem mais diretamente no setor de publicidade especialmente os seguintes:

1. Foi declarada a *ilegalidade* do Decreto nº 4.563/2002, e a correspondente indicação ao Poder Executivo no sentido de abster-se de aplicar as NPAP às licitações e contratos relativos à publicidade.
2. Considerou-se que apesar de os contratos indicarem a existência de uma *empreitada por preço global*, o regime de execução desses contratos era efetivamente o de *administração contratada*, o qual é considerado ilícito pelo TCU.
3. Recomendou-se ao Executivo uma normatização mais adequada das licitações e dos contratos, exigindo uma formulação mais clara e precisa do objeto, bem como a elaboração de instrumentos de controle da execução.

4.2 - DA DECLARAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 4.563/02

No acórdão 2.062/06, o TCU decidiu pela invalidade do Decreto nº 4.563/2002, que atribui eficácia *erga omnes* a alguns itens das Normas-Padrão que organizam a atividade publicitária. O afastamento dessa regra é central na posição do Tribunal porque abre espaço para as recomendações no sentido de que a administração pública não deve seus contratos pelas NPAP.

Para compreender devidamente a amplitude dessa decisão, é preciso esclarecer primeiramente o sentido e o alcance da norma impugnada, especialmente porque vários dos argumentos em jogo parecem apresentar essa regra como se ela fosse mais abrangente do que ela efetivamente é.

A) O DECRETO REGULAMENTADOR

A Lei nº 4.680, de 16.6.65, foi regulamentada pelo Decreto nº 57.690 de 1º.2.66, cujo art. 7º determinava a validade *erga omnes* das Normas-Padrão de 1957, nos seguintes termos: os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, *observadas as Normas-Padrão recomendadas pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda.*”

Embora esse artigo tenha valido por décadas, sem ter sido impugnado judicial ou administrativamente, no final dos anos 90 já estava razoavelmente assentado que ele era *ilegal* porque, a pretexto de regulamentar uma norma, impunha deveres que ultrapassam os definidos na lei regulamentada. Isso era admitido inclusive pela própria ABAP, pois a ilegalidade do decreto foi reconhecida em um parecer

do advogado Fernando Fortes, emitido de 1996 e republicado em 2004 pela entidade¹⁸. Contudo, o referido advogado sustentou que o decreto, mesmo ilegal, continuava em pleno vigor porque ele não havia sido anulado por uma autoridade estatal competente. Assim, ele conseguiu sustentar a validade geral das Normas-Padrão, mesmo com base em um decreto que ultrapassava os limites da lei.

Porém, essa questão da validade geral das Normas-Padrão logo perdeu seu objeto, pois no ano seguinte o Dec. nº 2.262/97 revogou a parte marcada com *itálico* na citação anterior, retirando do ordenamento jurídico brasileiro qualquer imposição legislativa de padrões de remuneração para o mercado publicitário. Essa medida, operada pelo governo FHC teve como objetivo desregular o setor publicitário, em que já começava a haver uma negociação relativa ao desconto-padrão, em que as agências “o permutavam por serviços, espaço publicitário ou até por ‘devolução’ em dinheiro”¹⁹.

Tal revogação foi um dos estopins que motivou a elaboração das NPAP de 1998 e o Conselho-Executivo responsável por assegurar o seu cumprimento. Essas regras nasceram como uma auto-regulamentação formulada por algumas associações de atores do mercado publicitário e, portanto, o seu conteúdo não tinha validade *erga omnes* e, em especial, não vinculava a Administração Pública. Essa situação foi parcialmente modificada no apagar das luzes do Governo FHC, pois o Dec. nº 4.563 de 31/12/2002 modificou a redação do referido art. 7º, introduzindo nele a im-

18. “Se levado à máxima rigidez, de conseguinte, que o Regulamento não pode impor obrigações (de fazer, de não fazer ou de pagar) não expressamente previstas na Lei que lhe é hierarquicamente superior, todas essas regras, tanto quanto a que acolheu o mecanismo de remuneração segundo as Normas-Padrão, seriam igualmente írritas, nulas, inaptas a produzir deveres jurídicos.” Vide http://webserver.4me.com.br/wwwroot/abap/parecer_fernando_fortes.pdf.

19. SHULTZ, *O publicitário legal*, p. 49.

posição geral de algumas regras previstas nas atuais NPAP, nos seguintes termos.

Art. 7º Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP - Conselho Executivo das Normas-Padrão, com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob nº 263447, 263446 e 282131.

Devemos ressaltar que esta nova redação, diversamente do texto original, não incorpora todas as Normas-Padrão, mas apenas algumas de suas disposições, entre as quais inclusive *não se encontram* as regras gerais sobre a necessidade e a quantificação do *desconto padrão de agência*. Os dispositivos acolhidos pelo decreto são:

3.4: esse item é o que tem uma eficácia mais abrangente, na medida em que determina que o custo das pesquisas deve ser arcado pelas agências, e não pelos anunciantes.

3.5: relativiza a proibição de repasses do desconto padrão aos anunciantes e torna negociável uma parcela dessa comissão.

3.6: esse item regula o pagamento de serviços em que não há desconto padrão, e foi atacado diretamente pela decisão do Tribunal, pois determina que os custos internos sejam cobrados de acordo com uma tabela estabelecida pelos sindicatos.

3.10: regula a substituição do desconto-padrão por fees, mas determina que os fees devem ser semelhantes ao que seria o desconto padrão.

3.11: cria algumas condições especiais para a contratação com o setor público, viabilizando que as agências abram mão de parte de suas comissões.

Todos esses itens são inovações das NPAP que divergem das Normas-Padrão de 1957, e o referido decreto buscou conferir-lhes validade geral, repetindo a mesma estratégia utilizada no decreto original de 1966. Porém, esse reconhecimento restrito manteve o restante da NPAP com validade *inter partes*, ou seja, vinculando apenas as entidades que compõem o CENP, o que exclui o próprio Estado.

A publicação desse decreto trouxe novamente a questão dos limites do poder de regulamentação, pois é no mínimo questionável a capacidade de um decreto criar obrigações autônomas para os administrados, pois a sua função é apenas a de explicar os modos como a própria Administração deve interpretar a lei e aplicá-la aos casos concretos. Porém, nem mesmo os advogados consultados pelo setor defenderam a validade *erga omnes* das NPAP.

Paulo Brossard, por exemplo, respondeu em 2003 uma consulta da ABAP acerca de vários pontos da legislação, inclusive sobre a obrigatoriedade das Normas Padrão²⁰. Nesse parecer, ele afirmou que diversamente do Código de Ética de 1957, as Normas Padrão não haviam sido incorporadas pela própria lei e que, portanto, elas eram válidas apenas como exercício de auto-regulamentação.

B) A POSTURA DO TCU

Ao avaliar a regulação do setor publicitário, o TCU retomou o argumento de extrapolação do limite regulamentar, concluindo pela ilegalidade do Decreto 4.563/02 e determinando às “entidades da Administração Pública Federal

20. Vide http://webserver.4me.com.br/wwwroot/abap/parecer_paulo_brossard.pdf.

que se abstenham de aplicá-lo, sob pena de responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa”.

Contrapondo-se a essa decisão, alguns juristas sustentam que o TCU não poderia deixar de aplicar leis e decretos com base em sua *inconstitucionalidade*, pois a avaliação difusa da constitucionalidade seria privativa dos órgãos do poder judiciário. O próprio TCU blindou sua tese contra esse argumento, afirmando que se tratou de mera *ilegalidade*, na medida em que decretos regulamentares não podem ir além das leis regulamentadas.

É certo que o TCU não pode revogar decretos, pois esse é um ato do Poder Executivo. Tampouco podem os tribunais *revogar* as leis que eles declaram inconstitucionais, pois a revogação não é um ato jurisdicional. Porém, diversamente dos órgãos judiciários, não se reconhece tradicionalmente ao TCU a competência para tomar decisões que impliquem o afastamento de normas gerais. A determinação dessa competência envolve o delicado debate acerca do *caráter jurisdicional* do TCU, e dos limites de seu poder de atuação.

A argumentação do CENP, contrapondo-se ao referido acórdão na audiência pública realizada em 2006, foi feita mediante a apresentação de um parecer de Paulo Brosard, que defende que o TCU não tem caráter jurisdicional e que, portanto, não lhe cabe decidir sobre a validade de leis e decretos. Assim, a indicação de que o presidente da República deveria revogar o decreto não tem poder vinculante, caracterizando mera sugestão.

Contudo, a tendência do próprio TCU é a de afirmar sempre a sua competência para julgar tanto a *legalidade* quanto a *constitucionalidade* das normas que ele aplica, nos mesmos moldes do que ocorre no poder judiciário. Por isso, apesar desse posicionamento ser questionável em tese e de haver posicionamentos do STF que tentam limitar o poder

do TCU no que tange ao controle de constitucionalidade, esse tipo de perspectiva não tem eco nas decisões do próprio Tribunal, de tal forma que os argumentos no sentido de sua incompetência não têm peso em seus julgamentos.

De toda forma, mesmo que seja discutível a competência do Tribunal, a mera indicação da ilegalidade de um decreto pelo TCU tem reflexo na dinâmica do setor, principalmente porque esse Tribunal pode atuar determinar a suspensão contratos que ele avalia. Assim, ainda que não haja uma previsão legal expressa atribuindo ao Tribunal competência para declarar a invalidade de decretos ou de leis, cabe a ele analisar os contratos de publicidade, de tal forma que uma indicação de ilegalidade causa um embaraço real a tais contratações.

Outro ponto a ser ressaltado é que a argumentação típica do CENP implica uma reafirmação do princípio da autonomia e da validade da auto-regulamentação que conduziu às Normas-Padrão e também ao Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária. Esse argumento, que é bastante forte nas instâncias do próprio setor, torna-se bastante frágil perante o TCU, cuja função não é a de regular o próprio mercado, mas sim de submeter ao direito administrativo e constitucional as relações entre o Estado e o setor publicitário.

O TCU é pouco sensível aos argumentos de que a auto-regulamentação deve ser preservada e que se deve respeitar a atuação das entidades de classe e os pactos que elas firmam. A razão é simples: o sistema regulatório, cujo vértice é ocupado pelo TCU, tem outra linguagem e outros princípios, marcados pela regência do direito público. Isso modifica e restringe a argumentação possível por parte do mercado publicitário, que, apesar de utilizar argumentos adequados ao debate *interno* do setor, tendem a não ser bem recebidos pelo paradigma de controle.

Nesse contexto de fiscalização, têm pouco peso os discursos pautados no *privatismo* que orienta os órgãos que falam em nome do setor publicitário. No TCU, os argumentos relevantes são ligados à supremacia do interesse público e a princípios constitucionais e administrativos como os da eficiência e da economicidade. Portanto, são esses os conceitos que precisam ser manejados na argumentação judicial ou quase-judicial do TCU.

C) ANÁLISE DA DECISÃO

Não devemos perder de vista que a discussão sobre a validade do decreto só faz sentido na medida em que o TCU considera ilícitas certas disposições da NPAP. Isso ocorre porque o decreto não *cria* as Normas Padrão, mas apenas lhes confere uma validade *erga omnes*. E esse argumento é ainda mais relevante porque o decreto revogado não consagra a totalidade das NPAP, mas apenas uma parte dela e, portanto, *seja válido ou inválido o decreto*, a questão mais importante é definir a avaliação de até que ponto essas regras são aplicáveis na contratação de publicidade pelo Estado.

Nesse sentido, tem razão Paulo Brossard ao afirmar que mesmo a eventual revogação do decreto não “importaria em apagar o complexo normativo que regula a atividade publicitária no Brasil”, na medida em que as NPAP permaneceriam como normas baseadas no poder de auto-regulação. É certo que, nessa qualidade, elas não teriam força de se impor coativamente ao Estado, mas ocorre que a maior parte das agências do país é associada à ABAP, que integra o CENP, de modo que não se lograria excluir as empresas contratadas da obrigação de seguir as Normas-Padrão.

Por isso mesmo, a questão principal não é definir se o decreto extrapolou ou não a lei, mas determinar em que

medida as próprias Normas-Padrão são compatíveis com os princípios do direito administrativo. E foi justamente nesse sentido que o restante do acórdão se encaminhou, sendo as próximas seções dedicadas a mostrar os argumentos com que o TCU afirmou incompatibilidade de vários pontos da NPAP com o direito administrativo vigente.

Porém, antes de passar a esses pontos, consideramos que é preciso apontar que a decisão de *invalidar* o decreto foi equivocada, e que a indicação de sua revogação não foi adequada. Isso acontece porque, apesar de partir de uma premissa correta (a de que decretos não podem gerar obrigações autônomas), o acórdão oferece uma conclusão que não pode ser inferida desse pressuposto: a de que a administração não pode determinar, *para si própria*, a observância de certas obrigações.

Por força do art. 84, VI da CF, o presidente pode dispor, mediante decreto, sobre o funcionamento da administração federal, o que significa que este decreto não pode *impor obrigações* aos administrados, mas pode determinar, dentro dos parâmetros legais, os modos como a administração realiza seus contratos. Assim, nada impediria que o Decreto especificasse para a própria administração que as NPAP deveriam ser respeitadas nos procedimentos licitatórios e contratos de publicidade.

Um decreto que determina a observância pelo Estado das regras de auto-organização de um setor econômico não configura propriamente exercício de poder *regulamentar*, pois não determina modos de aplicação de uma lei. Trata-se mais especificamente do poder normativo próprio do Chefe do Executivo, que tem competência constitucional para estabelecer parâmetros gerais a serem observados pela administração pública federal. Entendido dentro desses limites, não caberia a declaração da ilegalidade do decreto, muito menos

a indicação de que ele deve ser revogado. No máximo, seria cabível esclarecer que ele deveria ser entendido como uma expressão de poder normativo sobre a administração pública federal, e não como exercício de um poder regulamentar aplicável aos outros níveis federativos e aos particulares.

Ademais, ainda que a decisão do TCU determine a invalidade do decreto, permaneceria válida a obrigação de o Poder Executivo contratar publicidade mediante agências, as quais precisam observar as NPAP em seu funcionamento. Com isso, mesmo que elas tenham validades apenas *inter partes*, essas normas continuam sendo a base da organização do setor e sua validade para os atores do setor publicitário não foi questionada pelo Tribunal, inclusive porque isso extrapolaria sua competência. Nessa medida, a invalidação do decreto é uma decisão inócua, pois não acarreta *per si* a invalidade das NPAP no tocante a agências e veículos.

4.3 - OS CONTRATOS: MODALIDADES DE EXECUÇÃO E REGIMES DE CONTRATAÇÃO

A) ADMINISTRAÇÃO CONTRATADA OU EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL?

Independentemente da validade do Decreto nº 4.563/2002, o TCU indicou algumas das disposições das NPAP são incompatíveis com o direito administrativo brasileiro. A principal ilegalidade estaria na forma de contratação, que as licitações apontam como sendo de *empreitada por preço global*, mas que o Tribunal identificou como sendo *administração contratada*, que não é uma forma aceita pela Lei nº 8.666/93.

No regime anterior à atual lei de licitações, havia a previsão dessas duas modalidades, havendo *empreitada por preço global* quando se contrata a execução do serviço

por preço certo e total, e *administração contratada* quando se contrata a execução do serviço mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração. Contudo, o presidente da República vetou a previsão da administração contratada no projeto que resultou na Lei nº 8.666/93, de tal forma que não existe base legal para essa modalidade de contratação. E, como o princípio da legalidade determina que, no direito público, é vedado ao administrador tudo o que não é *permitido*, a ausência de previsão legal impede a utilização dessa forma de execução com base na Lei de Licitações e Contratos.

Essa argumentação foi aceita pelo próprio CENP, que apresentou na audiência pública um parecer de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que reconhecia que os contratos de publicidade efetivamente utilizam a forma *administração contratada*. Não há empreitada *por preço global*, pois o *desconto padrão* não é uma remuneração paga pela administração pelo serviço pago e as agências não assumem o risco do negócio. Especialmente no que toca à veiculação de mídia, o que ocorre é efetivamente o recebimento de uma comissão calculada sobre o valor dos gastos, o que afasta a caracterização de que a agência recebe um preço *definido* pela prestação global dos serviços.

Porém, di Pietro traz uma convincente argumentação no sentido de que o veto incidiu apenas sobre contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, sendo que o art. 62 §1º, I, dessa própria Lei determina a aplicação subsidiária das normas próprias específicas de cada contrato, no que toca aos serviços regulados “predominantemente, por normas de direito privado”.

Além disso, deve ser levada em consideração a regra interpretativa segundo a qual as normas *específicas* prevalecem sobre as normas *gerais*. Se o regime de contratação de

publicidade envolve a *administração contratada*, isso não ocorre apenas por uma escolha da administração, mas trata-se de uma decorrência da Lei nº 4.680/65. Assim, existe uma norma com a mesma hierarquia da Lei de Licitações e Contratos, que determina a remuneração dos contratos de publicidade mediante *desconto padrão*. Com base nesses argumentos, o CENP defendeu que, apesar de efetivamente caracterizarem administração contratada, seria lícito seguir as NPAP nos contratos de publicidade realizados com o poder público.

Torna-se claro que o desafio de interpretação envolvido nesse caso é determinar se o TCU está correto ao considerar que os contratos de publicidade, apenas pelo fato de terem sido assinados com a Administração, seriam completamente submetidos ao regime público. E as respostas parecem estar na forma pela qual esse contrato é celebrado, o que é escolhido pela própria Administração.

Caso ocorra a contratação de um serviço específico, mediante remuneração predeterminada, ocorrerá empreitada global. Esse seria o caso de uma contratação direta de veiculação em mídia, ou da criação de uma campanha. No entanto, se houver a contratação de uma agência nos termos das NPAP, o que envolve serviços de *pesquisa, criação, produção e veiculação*, o de licitação deveria seguir o previsto na Lei nº 8.666/93, mas o modo de execução precisaria seguir as regras específicas determinadas na Lei nº 4.680/65.

B) SOBRE O DESMEMBRAMENTO DAS LICITAÇÕES EM CONCEPÇÃO E EXECUÇÃO

Talvez o maior obstáculo à compatibilização entre o interesse público, representado pelo TCU, e as agências de

publicidade esteja em que a prática dos contratos de publicidade é pouco levada em conta nas proposições do Tribunal.

A área técnica do TCU, considerando que o uso da *administração contratada* deriva do fato de que os contratos de publicidade uniam tanto a *criação* feita pela agência quanto a *subcontratação* da veiculação em mídia, sugeriu que esses dois serviços fossem desmembrados. Com isso, nos moldes do que ocorre nas licitações de obras de engenharia, seria possível realizar duas licitações por *empreitada*, voltadas uma para a *concepção* e outra para a *execução*.

Essa normatização permitiria uma melhor definição dos objetos dos contratos, na medida em que o regime jurídico atual termina por atribuir à agência inclusive a definição do próprio serviço que será prestado. Nessa medida, contratar inicialmente a elaboração de um *projeto*, e posteriormente a sua execução, permitiria uma definição mais precisa dos serviços.

A prática revela que o objeto licitado nessa espécie de contrato é a estratégia de comunicação, de tal modo que não se pode licitar simultaneamente a veiculação de mídia. O impedimento é simples: o objeto delimitado ainda não existe quando da contratação, pois o contrato tem justamente esse propósito. A alternativa conseqüente seria a licitação posterior da execução, o que se revela inoportuno tendo em vista o exíguo tempo. Nesse ponto, a dinâmica privada da publicidade exige uma flexibilidade na redefinição dos *objetos* e uma utilização do *tempo* que é incompatível com a formalidade do setor público.

Por mais que seja compreensível que o TCU empenhe esforços na definição de parâmetros mais objetivos de execução e controle, essa formalização dos serviços de publicidade comprometeria a agilidade e, por conseguinte, a qualidade do trabalho, já que a campanha poderia ser veicu-

lada a destempo. Por isso é impossível a licitação separada das etapas.

Além disso, essa forma de contratar seria incompatível com a adequada prestação dos serviços de publicidade, pois é inerente à função da agência de propaganda o acompanhamento das atividades de reprodução e veiculação, de modo a garantir a qualidade do trabalho. Ademais, nos termos da legislação vigente, os veículos não podem conceder diretamente aos anunciantes o desconto de agência, de tal modo que essa contratação também se tornaria antieconômica.

Por isso o Ministério Público discordou do parecer da unidade técnica do TCU, que havia sugerido o desmembramento das licitações para concepção e execução. Restou vencida a sugestão da unidade técnica, pois o acórdão do caso (número 2.026/2006, especificamente no item 9.1.3.7), prolatado pelo plenário do tribunal, recomendou apenas que não fossem subcontratados pela agência serviços de criação/concepção, bem como assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios, organização de eventos, planejamento e montagem de stands e feiras de exposições e outros serviços destinados ao atendimento das necessidades de comunicação do contratante.

C) UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL

Uma alternativa viável, que garantiria uma maior objetividade das licitações sem comprometer a agilidade, seria o estabelecimento de uma efetiva contratação por empreitada global envolvendo criação e execução, na qual haveria um preço definido, de modo a ser evitado o possível conflito de interesses entre a agência de publicidade e o interesse público.

Esse modelo, no entanto, encontraria resistência pelo forte mercado dos veículos de mídia, na medida em que,

com o orçamento limitado, correriam o risco de anunciar em menor volume ou terem seus preços reduzidos pela diminuição dos recursos disponíveis. Assim, não somente a licitação para a criação teria um objeto vago, mas também a veiculação teria apenas sua parcela financeira estimada (já que a definição dos meios utilizados seria feita *a posteriori*). Tratar-se-ia de opção pela economicidade em detrimento da objetividade, mas, afinal, administrar é escolher.

Em síntese, partindo-se da premissa de que é necessário licitar todas as fases do serviço de publicidade, chegamos a um dilema: **ou** se apura o melhor preço a pagar submetendo o volume de anúncios à cotação do mercado (utilizando da contratação conjunta de criação e execução por empreitada global) **ou se separam os objetos, o que se demonstrou indesejável por implicar demoras que tornariam inadequado o serviço.**

Ora se o TCU entende (e corretamente) que o preço final não pode ser ilimitado, reforça-se como saída adequada a realização de uma empreitada global para ambas as fases. Para isso, bastaria utilizar uma saída prevista nas próprias NPAP, que é a definição da remuneração por *fee* e não por desconto padrão, desde que haja uma semelhança entre as remunerações.

Além disso, é preciso reconhecer que a contratação da *agência* confere à produção uma agilidade que seria impossível no regime público. O Estado anunciante de publicidade está atuando de forma muito parecida com os entes privados e, no mais das vezes, concorrendo com eles. Atualmente, a etapa de criação é licitada como uma contratação pública de técnica e preço, sendo subcontratada a execução mediante cotações de preço no regime privado. É a ponte que se faz da rigidez do Estado e a flexibilidade da administração privada, que é a única capaz de realizar com

economicidade um serviço complexo como o da produção publicitária, que envolve necessariamente a subcontratação de uma série de profissionais autônomos e empresas especializadas (tipicamente chamadas de *fornecedores* no mercado de publicidade).

Essa prática, embora legal, está sendo impugnada pelo TCU. Esse é o cerne da questão. Partindo dessa constatação, tudo indica que, em vista da impossibilidade de licitações separadas, o caminho parece ser promover-se a licitação desse serviço por meio de empreitada global, sendo estimada a parcela da veiculação.

Na eventualidade de não ser possível o cumprimento do acordado, como em todas as outras licitações, seria possível a contratação por aditivos limitados. Talvez seja essa a única forma de viabilizar que o Estado se beneficie de forma ágil da publicidade, sem perder de vista a necessidade em limitar seu investimento, a ser administrada de maneira tão legal quanto antes, mas mais transparente.

4.4 - O BÔNUS SOBRE VOLUME: O CASO DA PETROBRAS

No âmbito do TCU, o BV tem sido discutido dentro da questão que envolveu alteração da remuneração prevista no último edital de licitação de publicidade da Petrobras. Inicialmente, o edital previa que era necessário às agências contratadas *transferir, integralmente, à PETROBRAS, todas e quaisquer vantagens referentes à veiculação: descontos e bônus em função do volume de recursos despendidos*. Como era de se esperar, o CENP e a ABAP, representados por advogados de renome, partiram para a defesa da legitimidade do BV e da impossibilidade de seu repasse aos anunciantes.

Atendendo aos pedidos dessas instituições, a Petrobras retirou do edital a determinação expressa do repasse dos “bônus”, mantendo apenas a exigência de transferência dos descontos. Essa mudança foi questionada perante TCU, e a Petrobras respondeu ao Tribunal que o uso dessa palavra tinha um sentido genérico, e que dela não se podia inferir que era pretendido que a empresa obtivesse para si o BV, que é um benefício relativo a uma relação comercial que se processa exclusivamente entre a agência e o veículo. Assim, a argumentação da Petrobras indicou que essa mudança do edital foi meramente “textual”, pois o sentido da norma permanecia idêntico. Em favor dessa interpretação, a Petrobras indicou que as NPAP falam em *bonificação* e não em *bônus*.

Todavia, esse argumento, demasiadamente literal, não convenceu o TCU, pois é ampla a utilização da terminologia *bônus sobre volume*, de tal forma que a mudança no edital implicava efetivamente uma modificação do seu conteúdo, introduzindo uma alteração que *prima facie* contrariava as instruções do Acórdão nº 2.062/06.

Apesar de o TCU não ter se pronunciado especificamente sobre a legalidade do BV, no relatório que subsidiou o Acórdão nº 2.062/06, a área técnica do TCU indicou que “há um potencial conflito associado à concessão do BV, porque, embora se trate de incentivo financeiro admitido pelo regulamento, sua natureza favorece a concentração das inserções publicitárias em poucos veículos. Por essa razão, a sistemática de concessão do BV pode induzir efeitos impróprios, na medida em que influa no plano de mídia formulado pela agência, que deve observar critérios técnicos”.

Apesar disso, no voto do Relator Ubiratan Aguiar, houve uma admissão de que era irregular o não repasse do BV ao anunciante, quando havia previsão expressa do con-

trato nesse sentido. Por isso, no Acórdão 654/2007 – Plenário, o TCU convocou os representantes da Petrobras a se manifestarem sobre a compatibilidade entre essa mudança e o Acórdão nº 2.062/06. Porém, como a posterior interposição de pedido de reexame com efeito suspensivo sobre esse acórdão, o Tribunal esclareceu que havia realmente incompatibilidade entre o edital de licitação e a decisão anterior, mas que a suspensão dos seus efeitos desobrigava a Petrobras de ter de exigir a reversão do BV.

Assim, mesmo que o acórdão 2.062/06 tenha sido obscuro no seu tratamento do BV, as decisões posteriores esclareceram que o TCU entende que esse bônus deve ser revertido ao poder público, quando ele atua como anunciante. Portanto, torna-se claro que é a decisão definitiva da TC 019.444/2005-2 que definirá os rumos do *bônus sobre volume*.

4.5 - A QUESTÃO DA TRANSPARÊNCIA

O sistema do *desconto-padrão* implica realmente um potencial conflito entre os interesses do anunciante e da agência, que na iniciativa privada não gera dificuldades especiais porque existe uma fiscalização forte por parte do anunciante, de forma que são evitados os gastos inúteis.

No setor público, porém, não há mecanismos adequados para a aferição dos resultados e a fiscalização por parte das entidades públicas é muito limitada. E o TCU indicou claramente que uma das principais oposições ao modelo é que ele torna as atividades muito opacas, o que impossibilita o controle. Os serviços prestados pela agência são remunerados com base no *desconto-padrão* e no *BV*, de tal forma que, mesmo que todas as negociações sejam sérias e lícitas, elas não se tornam transparentes para os órgãos de controle das contas públicas. Por isso mesmo, uma das indicações do

acórdão foi a de que se “exijam das agências de publicidade contratadas a realização de negociações com veículos de comunicação e com fornecedores, com vistas à obtenção de descontos e bônus em função do volume de recursos despendido, prevendo a obrigatoriedade de participação de representante da Administração Pública nessas negociações”.

Assim, mesmo esforço de controle que ocorre no setor privado deveria ser realizado no poder público por parte dos departamentos de comunicação institucional e talvez essa seja uma saída para a crise anunciada: o fortalecimento da relação do anunciante e da agência, de modo que o controle seja mais efetivo e que a agência possa demonstrar, com transparência, que busca sempre as melhores condições para seu cliente em todas as fases de ação publicitária. Se os clientes em geral, e o Estado em particular, entenderem que a contratação das agências, pelos valores atuais, é a melhor forma de atingir seus próprios interesses, o sistema certamente será mantido.

Parece evidente que é impossível a persistência do atual modelo, sem o desenvolvimento de mecanismos adequados de controle, que possibilitem ao Poder Público comprovar que as agências otimizaram as despesas. Nessa medida, ou o próprio setor de publicidade assume uma postura mais ativa, para proporcionar uma mudança *autônoma* de sua própria organização, ou essas mudanças serão impostas externamente pelo Estado, especialmente por meio do TCU, da SDE e do CADE.

Movimentos nesse sentido já estão em curso, como demonstra o conteúdo dos artigos 15 a 17 do projeto de lei nº 3305/05, que conta com apoio do CENP e do IV Congresso de Publicidade, e que institui medidas de transparência, exigindo relatórios de veiculação e divulgação na internet da relação dos contratados. Porém, eles ainda não

têm um resultado concreto, o que abre espaço para que o TCU atue de maneira mais interventiva.

5 - EXECUÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS DE PUBLICIDADE: O FIM DAS AGÊNCIAS NO SETOR PÚBLICO?

Após os escândalos derivados das apurações da CPMI dos Correios, as entidades voltadas ao controle da Administração pública atentaram para a necessidade de previsão de mecanismos de controle de fraudes e falhas na execução dos contratos de publicidade. Isso conduziu a uma série de sugestões no sentido de limitar a participação de agências de propaganda na publicidade estatal, seja por meio do estímulo da contratação direta dos veículos de divulgação ou mesmo da produção autônoma das peças publicitárias.

No Acórdão nº 2.062/06, o Plenário do TCU, que atualmente se encontra suspenso pela interposição de recurso, determinou a elaboração de um estudo técnico no sentido de identificar os serviços vinculados a ações de publicidade, sobretudo os mais onerosos, que não necessariamente teriam de ser intermediados pelas agências de publicidade.

Porém, já houve sugestões mais incisivas no sentido da eliminação da participação das agências. Ao impugnar a Concorrência 01/2007 do Governo do Distrito Federal (GDF), o Ministério Público chegou a afirmar que “na fase de criação, tudo recomenda e até mesmo exige que a Administração tenha seu próprio quadro de servidores – devidamente concursados na especialidade de publicidade – para bolar as campanhas quando ou se isso for necessário. Em outras palavras, o Poder Público precisa de suas próprias cabeças pensantes para dar vazão ao seu dever para com a política de comunicação social”. Porém, por mais que esse

tipo de postura demonstre cuidado com o erário, ele evidenciava um desconhecimento do mercado publicitário e de sua regulação.

5.1 - O DESCONTO PADRÃO

Por força da Lei nº 4.680/65, e das Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP) editadas em 1998, as agências de publicidade têm direito a receber uma comissão de 20% das verbas que seus clientes investem em veiculação de mídia, como uma forma de remunerá-la pelos serviços prestados de criação e produção do conteúdo publicitário. Essa porcentagem é definida em 20%, mas ela pode cair até 15% porque as agências podem repassar uma parcela do desconto a anunciantes que investem mais que R\$ 2.500.000,00 anuais em mídia²¹.

Essa remuneração mediante desconto padrão é a mais típica, mas ela não é obrigatória, pois as NPAP permitem sua substituição por honorários mensais fixos (*fees*). Todavia, para evitar que a opção pelos *fees* gerasse uma diminuição na renda das agências, as Normas-Padrão exigem que os esses honorários sejam semelhantes à remuneração que a agência faria jus pelo desconto-padrão.

Além disso, as agências recebem outras duas formas de remuneração. Quando produzem elementos publicitários que não dão direito ao *desconto-padrão* (como é o caso de folders, cartazes, ou outros produtos que não são veiculados em mídia) elas têm direito a receber 15% do valor despendido. E quando realizam serviços especiais, que não estão compreendidos nas atividades básicas da agência, podem cobrar honorários fixados de modo específico.

21. Esses repasses variam de 1% a 5% do investimento bruto em mídia, conforme o Anexo B das NPAP, que estabelece um sistema progressivo de benefícios.

Essa remuneração específica é sempre excepcional, pois o que caracteriza uma agência de publicidade é justamente o fato de ela oferecer um *pool* integrado de serviços, que envolve todos os elementos necessários ao planejamento, à pesquisa, à criação, à produção e à veiculação da propaganda. E a função dos chamados *descontos* (que efetivamente são *comissões*) é remunerar de modo global esses serviços.

Como forma de garantir a qualidade da propaganda, a legislação criou mecanismos para evitar que os Anunciantes realizem a sua própria publicidade e estimular que se recorra aos profissionais da área. O mais importante deles é a vedação legal a que seja concedido desconto no preço de tabela aos anunciantes que contratam diretamente o veículo. Além disso, a lei veda que os veículos concedam descontos diferenciados às agências, pois ele foi fixado em uma percentagem uniforme de 20%.

Dentro desse modelo, é mais barato contratar uma agência do que fazer a propaganda de modo autônomo, pois o anunciante teria um custo de veiculação idêntico, mas também precisaria arcar com os custos de criação e produção das peças. Portanto, é claramente equivocada a idéia do MP, no sentido de que a Administração economizaria dinheiro caso elaborasse sua própria propaganda, ou que contratasse diretamente a sua veiculação em mídia.

5.2 - AS HOUSE AGENCIES

Para contornar a vedação legal da concessão de descontos aos anunciantes, algumas empresas instituíram Agências Própria (*house agencies*), ou seja, agências voltadas única ou prioritariamente à própria empresa que a criou. As *house*, como são tipicamente chamadas, não podem ser

meros departamentos de comunicação, pois necessitam ter personalidade jurídica própria e uma estrutura permanente, para que possam ser consideradas agências.

Montar uma agência para uma única empresa exige um grande investimento, com a contratação de profissionais capacitados a realizar uma vasta gama de serviços, o que torna a *house agency* economicamente inviável, exceto para clientes muito grandes, cujo dispêndio em propaganda seja capaz de remunerar essa estrutura. Como as *house agencies* são uma estratégia para realizar uma publicidade mais econômica, é de se esperar que a pressão pela redução de gastos termine por gerar um serviço de nível técnico inferior, devido à falta de recursos necessários para custear uma estrutura e uma equipe tão qualificada e diversificada quanto as que existem nas agências de propaganda disponíveis no mercado brasileiro, cuja excelência é notória.

Frente a essa situação, poderia surgir uma onda de *house agencies* de qualidade duvidosa, que foi um dos elementos motivadores do setor a estabelecer que somente teriam direito a desconto padrão as agências que tivessem o *Certificado de Qualificação Técnica*, expedido pelo CENP. Com isso, mesmo as *house agencies* precisam ter uma estrutura completa e adequada, o que termina tornando o seu trabalho tão oneroso quanto o de qualquer outra agência do mercado.

Nesse contexto, nada garante que a *house agency* seja um sinônimo de economia, ainda mais quando a sua criação é motivada pelo desejo de poupar os 20% do desconto padrão. Acontece que, como expusemos no ponto anterior, essa remuneração é usada para custear a maior parte dos serviços prestados pela agência, e esse seria o destino do desconto padrão da *house agency*, exceto se ela tivesse um custo menor que as agências em geral. Todavia, isso não é mais possível, especialmente porque as Normas-Padrão

impõem às agências a necessidade de contratar uma série de serviços de pesquisa, que são muito caros, e que somente têm custo/benefício otimizado na medida em que existe um fluxo de trabalho que possa diluir o preço da assinatura desses serviços.

Além disso, já é possível que as agências restituam até 25% do desconto padrão aos anunciantes que investem mais que R\$ 25.000.000,00 por ano em veiculação. Assim, como as *house agencies* somente fazem sentido para grandes anunciantes, todo esse esforço de instituí-la seria voltado para tentar fazer com que a soma dos custos de todos os serviços prestados pela agência fosse menor que 17,65% do valor líquido investido em veiculação (correspondente a 15% do valor total, incluindo a própria comissão).

Portanto, fica claro que a criação de uma *house agency* que atenda aos requisitos de certificação não representa necessariamente uma economia, e pode inclusive gerar gastos ainda maiores, dependendo da sua forma de administração. Assim, a *house agency* é um empreendimento tipicamente frustrante, pois como afirma Rafael Sampaio “o resultado do trabalho costuma ser medíocre e o anunciante acaba perdendo eficiência em vez de ganhar uma relação custo/benefício mais favorável”²².

5.3 - AGÊNCIA PÚBLICA

Para seguir a sugestão do Ministério Público e realizar sua própria publicidade de maneira autônoma, o Estado não poderia se limitar a criar órgãos de comunicação social, mas teria que instituir uma agência própria, sem o que ele não teria direito ao desconto-padrão²³. Assim, dentro das re-

22. SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 65.

23. Convém ressaltar que a própria legalidade desse desconto está sendo discutida atualmente nos órgãos de defesa da concorrência, mas devemos por en-

gras vigentes, a sugestão do MP exigiria a criação de uma, ou de várias *agências públicas* de propaganda.

Como as agências de publicidade são pessoas jurídicas de direito privado com finalidade lucrativa, elas configurariam exploração direta de atividade econômica pelo Estado, mesmo que sua função específica fosse prestar serviços à Administração Pública. Com isso, elas precisariam se constituir na forma de *empresas públicas*, de modo que a sua instituição no âmbito das unidades de federação dependeria da edição de leis específicas, conforme o art. 173 da Constituição Federal.

Entretanto, a criação dessas entidades seria inconstitucional, pois o Estado somente pode instituir empresas públicas quando elas são necessárias a um relevante interesse coletivo, o que evidentemente não seria o caso, pois o único objetivo dessa estratégia de comunicação seria o de gerar economia para os cofres públicos. Porém, nem mesmo essa finalidade seria alcançada porque, no atual regime legal, a instituição de *house agencies* somente representa uma potencial economia para os anunciantes que podem se apropriar direta ou indiretamente dos descontos padrão retidos pela agência. Isso ocorre apenas quando a *house agency* é uma subsidiária da empresa anunciante, que decide a destinação dos seus lucros.

Assim, mesmo que um ente federativo constitua uma empresa pública de propaganda para realizar a sua publicidade, a legislação continuaria a atribuir à própria agência o direito de receber o desconto padrão e os respectivos bônus sobre o volume, sendo ilícito repassar à Administração descontos maiores que os limites previstos para as agências em geral. E essa dificuldade somente poderia ser suplantada no

quanto avaliar a situação nos termos das regras vigentes, especialmente porque elas estruturam um modelo de remuneração que permanece estável há cinqüenta anos.

caso de *house agencies* instituídas por empresas estatais, na medida em que elas podem constituir subsidiárias voltadas a complementar a sua atividade lucrativa, desde que devidamente autorizadas por lei.

Contudo, mesmo nesses casos nada garantiria que uma *agência pública* seria capaz de trazer economia ao Erário, pois ela dificilmente conseguiria oferecer serviços mais baratos que uma agência privada, dada a sua necessidade de operar mediante concursos públicos e licitações, que tornam mais controlada a aplicação do patrimônio público, mas que geram ônus especiais no que toca à lucratividade das empresas.

Por fim, é preciso levar em consideração que um dos elementos essenciais para boa propaganda é o fato de os publicitários representarem um olhar *externo* ao cliente, o que lhes possibilita ver os pontos cegos e os defeitos que o anunciante prefere não olhar em si. Por isso mesmo, uma *agência pública* tem grande potencial de repetir as visões que o governo tem de si mesmo, com todas as distorções que o olhar interno provoca.

Parece evidente que a proposta do Ministério Público não levou nada disso em consideração, especialmente porque sugere que o Estado “tenha seu próprio quadro de servidores – devidamente concursados na especialidade de publicidade – para bolar as campanhas quando ou se isso for necessário. Essa frase, inclusive, aponta para o erro básico de confundir *publicidade* apenas com *criação*, como se fosse possível economizar toda a verba publicitária mediante a contratação de uns poucos criadores para *bolar as campanhas*, sem que fosse necessário instituir toda a estrutura de produção, contratar profissionais especializados no contato com a mídia e, o que parece ainda mais difícil, contratar pelo regime público toda a gama de fornecedores que oferecem serviços especializados.

Por tudo isso, se a criação de uma *house agency* tipicamente não é uma estratégia de comunicação adequada para o setor privado, a criação de uma agência pública de publicidade tende a ser ainda mais problemática.

5.4 - CONVENIÊNCIA POLÍTICA DA CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS PÚBLICAS

Todavia, ainda que a criação de agências públicas fosse *juridicamente possível e economicamente viável*, ele continuaria sendo *politicamente indesejável*, pois a estatização da publicidade administrativa faria com que os critérios para a veiculação das campanhas publicitárias da administração fossem definidos sempre pela mesma agência, eliminando assim dois dos pontos mais saudáveis do atual sistema: a *pluralidade de atores* e a *alternância entre as agências*.

Por mais que a existência do desconto padrão e as demais regras da NPAP diminuam o grau de concorrência *de preços* no setor de publicidade, ainda é bastante acirrada a concorrência *de qualidade*. E a instituição da agência pública terminaria por eliminar essa concorrência, e com isso todas as consequências muito saudáveis que ela acarreta. Em especial, o fato de haver várias empresas competindo pelas contas da Administração Pública estimula a transparência e a lisura dos processos licitatórios, na medida em que cada agência de propaganda funciona como um ente fiscalizador.

Dessa forma, a sugestão do MP, em vez de combater as distorções presentes no setor de publicidade, terminaria criando condições para o seu acirramento, na medida em que os critérios de veiculação de campanhas seriam concentrados em poucas entidades, com um corpo relativamente estável de pessoas, o que favoreceria a cristalização de redes de influência e de corrupção.

5.5 - CONCLUSÃO

Tudo isso nos leva a crer que o MP fez um diagnóstico correto de que é preciso combater as relações espúrias que existem entre o poder público e algumas agências, mas prescreveu um tratamento equivocado, como um médico que mata o doente para eliminar a doença. Em vez de encerrar as relações entre o Estado e as Agências, parece mais conveniente instituir mecanismos adequados para controlar a celebração e a execução dos contratos públicos de propaganda.

A estatização da publicidade proposta pelo MP é uma solução ruim, pois ela parte do pressuposto de que *atribuir uma competência a agências controladas pela administração* implicaria uma diminuição na possibilidade de falhas e desvios, quando ela apenas modifica os atores a serem fiscalizados e as pessoas beneficiadas com as inevitáveis distorções de qualquer sistema de gestão de verbas públicas. Nessa medida, sob o pretexto de resolver o problema, ele apenas desloca o seu foco.

Além disso, parece claro que o MP realizou uma extrapolação interpretativa ao apresentar argumentos de *conveniência política* como argumentos de *necessidade jurídica*. Muitas vezes, os atores jurídicos utilizam essa estratégia retórica, buscando com ela conferir um valor objetivo a suas conclusões pessoais. Porém, esse tipo de postura é normalmente antidemocrática, pois desconsidera o fato de que muitas questões devem ser resolvidas por meio do debate público e de uma *tomada de posição* construída a partir do diálogo e da ponderação dos interesses em jogo.

Isso não significa que questões políticas sejam impassíveis de judicialização, mas apenas que submetê-las ao judiciário representa apenas uma modificação da autoridade que tomará a decisão. De toda forma, é absurda a afirmação

de que, nesse caso, o direito *exige que a administração tenha seu quadro próprio de servidores*.

No máximo, o que se poderia sustentar com consistência é que o direito admitiria essa solução, caso ela fosse tomada pelos órgãos estatais adequados, na medida em que não se trata propriamente de *intervenção no domínio econômico*²⁴, mas apenas de *execução direta de serviços* que estão destinados a suprir as necessidades do próprio Estado. Porém, considerar necessário que a publicidade seja feita por servidores concursados é tão esdrúxulo quanto defender que as limitações intrínsecas dos processos licitatórios exigem que o Estado tenha um quadro próprio de arquitetos e engenheiros para executar diretamente as obras públicas.

Assim, o MP demonstrou desconhecimento do mercado publicitário ao insistir na absurda interpretação de que é necessário submeter a administração a um modelo equivocado de comunicação social, cujas falhas são evidentes e cujos ganhos são ilusórios. Os problemas evidenciados na publicidade pública não devem ser combatidos por meio da eliminação das relações entre o Estado e as agências privadas, mas mediante o desenvolvimento de um sistema de licitação e de controle que estimule que os diversos atores envolvidos estabeleçam relações adequadas ao interesse público e aos princípios constitucionais.

6 - ZERO DE HONORÁRIOS?

Há pouco mais de um ano, o Distrito Federal, por meio da Agência de Comunicação Social (AGECOM), deu início uma concorrência pública voltada à contratação de serviços de publicidade. Por força do edital nº 01/2007, as agências

24. Situação que ocorreria caso o Estado estabelecesse uma pessoa jurídica para prestar atividades econômicas típicas das empresas privadas, oferecendo seus serviços diretamente ao mercado.

contratadas seriam remuneradas pela Administração pública por meio de honorários correspondentes a determinada percentagem sobre os valores despendidos com a produção das peças publicitárias e dos serviços terceirizados. Nesse processo, a licitante vencedora apresentou uma proposta cobrando *zero* de honorários, de forma que sua única remuneração seria o *desconto padrão*, que é uma comissão de 20% sobre o valor destinado à veiculação em mídia das peças criadas pela agência.

Além disso, o edital possibilitava que os licitantes repassassem até 25% dessa comissão ao Anunciante, que é máximo de repasse admitido pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária, definidas pelo CENP (Conselho Executivo das Normas-Padrão)²⁵. Como a licitante vencedora apresentou a proposta mais favorável à Administração que o edital permitia, chegou-se a um curioso resultado: a Administração obteria o serviço sem qualquer pagamento direito à licitante vencedora e, ao final, ainda receberia o repasse de $\frac{1}{4}$ de sua remuneração.

Considerando paradoxal essa situação, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) impugnou a referida concorrência, sob o argumento de que a fixação em zero dos referidos honorários violaria a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), na medida em que essa norma veda a apresentação de valor zero (art. 44, §3º), pois isso torna inexecúvel a proposta (art. 48, II). Assim, o Ministério Público (MP) considerou que a referida proposta era ilícita, pois a ausência de remuneração direta tornaria necessário que agência vencedora adotasse fontes escusas de receita, na medida em que não se poderia supor que ela

25. O Anexo B das Normas Padrão um sistema progressivo que permite a reversão ao anunciante de até 5% do investimento bruto anual em mídia, quando este for maior que R\$ 25.000.000,00. Como o desconto padrão é de 20% do valor investido, ele pode ser reduzido a 15%, com esse repasse.

ofereceria gratuitamente seus serviços. Nesse sentido, afirmou textualmente:

“Tudo conspira para que custo zero seja de um simbolismo postiço, pois as agências não trabalham de graça, nem poderiam fazê-lo se não são entidades filantrópicas, e muito provavelmente buscarão outros meios de compensação (...), por exemplo, apresentando propostas muito elevadas dos terceirizados e recebendo comissões em cash “por debaixo do pano(...)”. Em qualquer desses casos, é bastante generosa a chance de a Administração Pública estar contestando uma farsa, pagando por serviços arranjados, que poderiam e deveriam ser mais baratos, além de estarem sob seu controle mais efetivo.”

Embora a tese do MP possa soar plausível a olhos acostumados às diversas tentativas de burlar o sistema de licitações, a remuneração exclusiva pela comissão sobre veiculação na mídia é uma prática comum na publicidade, e encontra amparo nas leis que regem essa atividade econômica. Ademais, alguns dos principais contratos de publicidade do país, como o dos Correios e o da Petrobras, admitem a fixação de honorários no patamar mínimo.

Todavia, o simples fato de tratar-se de uma conduta típica do mercado não é suficiente para afastar a argumentação do MP, na medida em que talvez essa prática seja incompatível com os princípios constitucionais que regem a administração pública. Portanto, a avaliação da licitude dos *honorários zero* depende de uma análise mais cuidadosa da questão.

Nesse sentido, o ponto fulcral a ser avaliado é o da exequibilidade da proposta, pois o art. 48 da Lei nº 8666/93 determina a desclassificação das *propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis*. Em função desse dispositivo, o edital da referida licitação estabeleceu limites máximos à remuneração.

ração, fixando em 15% o teto dos honorários de produção que não proporcionassem desconto de agência, e em 10% o teto dos honorários incidentes sobre custos de outros serviços realizados por terceiros²⁶.

Quanto aos gastos que proporcionassem o desconto de agência, que não são pagos diretamente pelo *anunciante*, não havia previsão de incidência de honorários. Nesse caso, inclusive o edital estabeleceu a possibilidade de a agência repassar ao cliente uma parte dos honorários recebidos dos veículos, fixando em 5% do investimento em mídia o valor máximo desse repasse.

O edital não estabeleceu limites mínimos de honorários a serem pagos pelo próprio anunciante, o que é plenamente justificado porque seu objetivo era o de escolher a mais barata das propostas tecnicamente viáveis. Portanto, não existe qualquer restrição expressa o ato da comissão de licitação que considerou lícito fixar em zero os referidos honorários.

Não obstante, o MP impugnou o referido resultado, argumentando que a fixação dos honorários em zero torna inexecutível a proposta, o que deveria acarretar a sua desclassificação, nos termos do referido art. 48 da Lei nº 8.666/93. Porém, é preciso atentar para o fato de que esse próprio artigo determina que as propostas somente estão submetidas ao julgamento de exequibilidade quando o edital de licitação explicitamente exige a apresentação de documentos que comprovem que (1) os insumos foram orçados em uma base compatível com os preços praticados no mercado e de

26. Textualmente, o Edital determina: “9.2. Será desclassificada a Proposta de Preços que: (...) 9.2.2. Apresentar percentual de honorários superior a 15% (quinze por cento) referentes à produção de peças e material cuja distribuição não proporcione à licitante o desconto de agência (...) 9.2.3. Apresentar percentual de honorários superior a 10% (dez por cento) incidente sobre os custos de outros serviços realizados por terceiros.”

que (2) os índices de produtividade são compatíveis com o objeto do contrato²⁷.

Apesar de essa ser uma disposição aplicável às licitações em geral, esses critérios são claramente incompatíveis com os contratos de publicidade. Isso ocorre porque, apesar do caráter genérico da Lei nº 8.666/93, ela foi elaborada tendo em vista especialmente licitações para obras e serviços cujo valor depende do preço dos insumos ou que envolvem atividades com índices mensuráveis de produtividade. Porém, dadas as peculiaridades do serviço de publicidade, em que o *preço* é definido apenas em termo de percentuais sobre os valores globais a serem despendidos, tais critérios se tornam inaplicáveis, o que inviabiliza uma análise objetiva de sua *exeqüibilidade*, com base no art. 48 da Lei. nº 8666/93.

Contudo, poderíamos admitir que os princípios constitucionais da administração pública exigem a desclassificação de propostas *manifestamente inexecutáveis*, na medida em que é preciso estabelecer contratos economicamente viáveis, sob pena de eles não serem realizados ou de acobertarem práticas anti-concorrenciais. Nessa medida, parece correta a percepção do MP de que não devem ser aceitas propostas que envolvam trabalho gratuito, ainda mais que o art. 44, § 3º, da Lei de Licitações proíbe as propostas de *valor zero*.

Mas é preciso ter em mente que esse dispositivo legal só veda o *valor zero* em duas situações específicas. A primeira é o oferecimento de propostas cujo montante é calculado a partir de valores de insumos e salários incompatíveis com os praticados no mercado, disposição essa que

27. Há outras hipóteses de propostas inexecutáveis, entretanto são elas restritas a serviços de engenharia, nas quais são desclassificadas propostas inferiores a 70% do valor orçado pela administração ou da média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% desse valor. E para casos menos extremos, como são as propostas inferiores a 80% desse valor, pode ser exigida garantia sobre essa diferença.

é inaplicável ao caso porque, tratando-se de empreitada por preço global, a remuneração não é definida a partir do valor atribuído a tais elementos.

Além disso, o referido artigo também inadmite a apresentação de proposta que apresente *preço global de valor zero*, simbólico ou irrisório. Por mais que essa estipulação pareça subsidiar a argumentação do MP, é preciso ter em mente que a peculiar situação dos serviços de publicidade faz com que a parte da remuneração das agências não seja paga diretamente pelos anunciantes, mas indiretamente pelos veículos, na forma de *desconto de agência*.

Se essa parcela fosse pequena, o argumento do MP ganharia consistência, na medida em que abrir mão dos honorários sobre produção e serviços de terceiros inviabilizaria uma adequada remuneração do serviço, tornando inexecúvel a proposta. Porém, não é isso o que ocorre, na medida em que aqueles que têm a mínima familiaridade com o setor sabem que, na prática, empregam-se 80% dos recursos contratuais em veiculação de mídia. Portanto, ao abrir mão dos honorários pagos pelo anunciante, o concorrente renuncia apenas a honorários incidentes sobre cerca de 1/5 do valor do contrato, o que é plenamente compatível com a sua execução, dado que a remuneração final corresponderia a aproximadamente 16% do valor total.

Dessa maneira, não existe o oferecimento de trabalho gratuito a ser remunerado de formas escusas, mas um planejamento global, plenamente compatível com o regime de empreitada, em que os custos de criação e produção são pagos a partir do desconto de agência, que “o abatimento concedido, com exclusividade, pelo Veículo de Comunicação à Agência de Publicidade, a título de remuneração, pela criação/produção de conteúdo e intermediação técnica entre aquele e o Anunciante”.

No setor publicitário, a remuneração por excelência é o desconto de agência, sendo as comissões por produção e terceirização uma complementação possível, mas desnecessária. Tanto é assim que as Normas-Padrão consideram essas formas de remuneração como acessórias ou alternativas, ao determinar expressamente que “como alternativa à remuneração através do “desconto padrão de agência”, é facultada a contratação de serviços de Agência de Publicidade mediante “fees” ou “honorários de valor fixo”, a serem ajustados por escrito entre Anunciante e Agência”. Assim, ao fazer uma proposta que oferece honorário zero para o Anunciante, uma agência de publicidade não está se dispondo a trabalhar gratuitamente, mas apenas limitando sua remuneração a uma parte do desconto padrão de agência.

Por fim, convém reconhecer que seria ilícito às agências vinculadas à ABAP conceder esses descontos a entidades privadas, pois isso violaria as Normas-Padrão de 1998. Porém, o item 3.11 das NPAP cria uma situação especial para a contratação com o Setor Público, que possibilita expressamente a exclusão da cobrança de honorários sobre os serviços internos. Além disso, esse item permite a negociação acerca dos honorários devidos por serviços externos que não dão direito a desconto padrão, fixados em 15% para os contratantes privados. Embora só haja uma permissão expressa de exclusão para os serviços que envolvam veiculação em mídia, não são impostos limites à possibilidade de *negociação*, o que implica permitir que eles sejam fixados em zero, sem que haja uma violação às NPAP.

Concluimos, então, que é lícito o oferecimento de propostas de serviço de publicidade em que a agência renuncia a qualquer remuneração a título de honorários referentes à produção ou a serviços prestados por terceiros. Essa conduta é plenamente compatível com o interesse público em

uma licitação de tipo “técnica e preço”, pois possibilita a contratação de um serviço pelo menor valor possível, sem que isso implique comprometimento da qualidade.

A estipulação do preço é deixada a critério da agência, a quem cabe calcular se o desconto padrão de agência é suficiente para remunerar todos os gastos envolvidos na prestação do serviço. E como esse desconto é tipicamente de 20% sobre a quantia despendida, a remuneração resultaria em algo em torno de 16% do valor do contrato, taxa essa que, longe de tornar inexecutível a proposta, afigura-se como uma contraprestação razoável pelos serviços de criação, produção e veiculação envolvidos na publicidade.

BIBLIOGRAFIA

ALBERSTAT, Philip e outros. *Law and the media*. Oxford: Focal Press, 2002.

CAVALCANTI, Alberto. Congressos Brasileiros de Publicidade I, II e III. Versão Compilada. Abap, 2008.

CHAVES, Rui Moreira. Regime jurídico da publicidade. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Código da Publicidade Anotado. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Sérgio. *tudo o que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência de explicar*. São Paulo: Atlas, 1989.

DUALIBI, Roberto. Cartas a um jovem publicitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FUEROGHNE, Dean K. *Law and Advertising: current legal issues*. Pasadena: Yellow Cat Press, 2007.

MARTINS, Zeca. Propaganda é isso aí. São Paulo: Atlas, 2006.

PARKINSON, Michael e PARKINSON, L. Marie. Law for advertising, broadcasting, journalism and public relations. London: Lawrence Erlbaum, 2006.

ROCHA, Maria Eduarda da Mota. O canto da sereia: notas sobre o discurso neoliberal na publicidade brasileira pós-1990. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2007, vol. 22, no. 64 [cited 2008-08-11], pp. 81-90. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-69092007000200007-&lng=pt&nrm=iso.

SAMPAIO, Rafael. Propaganda de A a Z. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

SCHULTZ, Roberto. *O publicitário legal*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

TOALDO, Mariângela Machado. *Cenário publicitário brasileiro*. Porto Alegre: Sulina, 2005.